تطبيق الشريعة الإسلامية

في

البلاد العربية

تأليف

الدكتور صوفى حسن ابو طالب

الطبعة الثالثة

١٤١٠ هـ - ١٩٩٠ م

دار النهضة العربية

٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

مطبعة جامعة القاهرة

والكتاب الجامعى

تطبيق الشريعة الإسلامية

في

البلاد العربية

تأليف

الدكتور صوفي حسن أبو طالب

الطبعة الثالثة

١٤١٠ هـ ــ ١٩٩٠ م

(نسخة مصورة)

دار النهضة العربية
٣٢ شارع عبد الخالق ثروت

مطبعة جامعة القاهرة
١٩٨٩

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

التعريف بقوانين البلاد العربية

الوطن العربى والأمة العربية :

تغيرت حدود الوطن العربى سواء بالاتساع أم بالانكماش تبعا لتغير مدلول كلمة « العرب » ، وتبعا لقوة وضعف الحضارة العربية على الوجه الآتى (1) :

١ ـ قبل الاسلام : كان مدلول « عرب » قبل الاسلام يعنى « البدو » سكان الجزيرة العربية ، وهى الرقعة الجغرافية التى استوطنها هؤلاء البدو . ولم يكن هذا اللفظ ينصرف الى جنس أو عرق معين ولا الى قومية معينة ، بل ينصرف فقط الى البدو سكان الجزيرة العربية .

٢ ـ العصر الأموى : حينما توفى النبى صلى الله عليه وسلم (١٢ هـ . ٦٣٢ م) لم يكن الاسلام قد تجاوز الجزيرة العربية . وفى عهد الخليفة عمر وخلفائه بدأ تتابع الفتوح الاسلامية (2) .

---

(1) انظر فى تفصيل ذلك . كتابنا . المجتمع العربى . القاهرة . ١٩٦٦ . ص ١٤٨ وما بعدها ؛ احمد امين ـ فجر الاسلام ـ ص ٨٤ وما بعدها .

(2) ثم فتح العراق ـ وكان خاضعا للفرس ـ واسسوا بها مدينتى البصرة (١٥ هـ .) والكوفة (١٧ هـ .) . وتم فتح فارس (٢١ هـ ـ ٦٤١) . وتابعوا فتوحاتهم البلاد التى كانت خاضعة لنفوذ الامبراطورية الرومانية . ثم فتح الشام (بصرى ١٦ هـ ـ ٦٣٧ . دمشق ١٤ ـ ٦٣٥ . بيت المقدس ١٦ هـ ـ ٦٣٧ ، ومصر (٢١ هـ ـ ٦٤٢) ، ثم تابعوا فتوحاتهم فى شمال افريقية . وفى العهد الأموى امتدت الفتوحات شرقا حتى وصلوا بلاد السند وبخارى وخوارزم وسمر قند الى كاشغر . وامتدت غربا بفتح الأندلس (٩٣ هـ ـ ٧٥٦ م) .

وهكذا لم يكد ينتهى القرن الأول الهجرى (السابع الميلادى) الا وكانت راية الاسلام ترفرف على معظم بلاد العالم القديم جنوبى البحر الأبيض المتوسط من المحيط الأطلسى غربا حتى الهند شرقا وسمرقند شمالا •

وفى هذا العصر استعمل لفظ « عرب » للدلالة على العرب الفاتحين تمييزا لهم عن سكان البلاد المفتوحة الذين وصفوا بوصف « الموالى » • وبذلك أصبح لفظ « عرب » ينصرف الى معنى أنثر وبولوجى (جنس أو عرق) • ذلك أن أبناء الجزيرة العربية الفاتحين اكتسبوا بعد الاسلام عدة صفات تميزهم عن بقية سكان البلاد المفتوحة أهمها : اللغة العربية لغتهم بينما تعددت لغات سكان البلاد المفتوحة ما بين فارسية وقبطية ويونانية وعبرية وآرامية وسريانية •• الخ اعتنقوا الاسلام بينما تعددت ديانات أبناء البلاد المفتوحة ، فمنهم من أسلم ومنهم من بقى على دينه النصرانى أو اليهودى أو المجوسى ••• الخ • كان العرب حملة لواء حضارة جديدة هى الحضارة الاسلامية بينما تنوعت حضارة شعوب البلاد المفتوحة ما بين فارسية ورومانية ومصرية ويهودية ••• الخ • وما تبع ذلك من تباين فى النظم الاجتماعية والعادات والأعراف والقوانين ••• الخ • وزاد من وضوح الاختلاف بين العرب وسكان البلاد المفتوحة ـ سواء من أسلم منهم أم من بقى على دينه ـ أن الخلفاء الأمويين كانوا لا يشجعون اختلاط العرب بأبناء البلاد المفتوحة ، وظلوا محافظين على الطابع العربى لدولتهم •

٣ ـ **العصر العباسى** : كان العصر العباسى (سقطت الدولة الأمويه وقام الحكم العباسى عام ١٣٢ هـ ٧٤٩ م •) بداية لتحول دولة المسلمين من دولة عربية الى دولة اسلامية • فقد صاحب انتشار الفتوحات الاسلامية انتشارا للاسلام وسيادة للغة العربية فى سائر أجزاء الدولة الاسلامية وامتزاجا للسكان ببعضهم البعض الآخر • والواقع أن القرن الثانى الهجرى (الثامن الميلادى) تميز بانتصار العرب فى أمرين هامين : اللغة والدين • فقد أصبحت اللغة العربية هى اللغة القومية بين الكثرة الساحقة

من السكان فى الدولة الاسلامية ، وأصبح الاسلام دين الأكثرية الساحقة من السكان . كما تميز هذا العصر بامتزاج الحضارات ببعضها وظهور حضارة جديدة لها طابع خاص يميزها عما سبقها وما تلاها من حضارات . وأصبحت هذه الحضارة حضارة عالمية أسهم فى تكوينها المسلمون وغيرهم ؛ وشارك فى اقامتها أناس تجرى فى عروقهم دماء عربية خالصة ، وأناس ينتمون الى عروق غير عربية كالفرس والهنود والأتراك .. الخ . وأصبحت اللغة العربية هى اللغة الغالية فى مجال السياسة وفى مجال الانتاج العلمى والفكرى والأدبى . ومن ناحية أخرى شارك غير العرب فى الحكم ثم انتزعوا الصدارة منهم فآلت الزعامة للفرس وللمماليك والاتراك من بعدهم .

وقد تم هذا التحول ابتداء من القرن الثانى الهجرى (الثامن الميلادى) ومنذ ذلك الحين فقط لفظ عربى مدلوله الأنثروبولوجى وأصبح يدل على معنى اجتماعى وثقافى . فأطلق هذا المعنى على الثقافة السائدة فى كل البلاد التى تدخل فى تكوين الدولة الاسلامية ، وأسميت بالحضارة العربية بالنظر الى أن اللغة العربية كانت هى اللغة القومية للسكان . وبالنظر الى أن الاسلام هو الذى مد هذه الحضارة بأهم مقوماتها جرى المفكرون سواء منهم الأوروبيون والمسلمون على تسمية هذه الحضارة بالاسلامية لتمييزها عن الحضارة المسيحية التى سادت أوروبا . ومنذ ذلك الحين جرى الباحثون الأفرنج [1] والعرب على استعمال تعبيرى عربى واسلامى كمترادفين ، فأطلق وصف عربى على كل البلاد التى تدخل حدود الدولة الاسلامية وعلى سكانها وعلى ثقافتها وحضارتها باعتبار أن اللغة السائدة هى اللغة العربية ، وأطلق وصف اسلامى على ذات البلاد والسكان والحضارة باعتبار أن روح الاسلام وفلسفته هى السائدة فيها فضلا عن أنه هو الذى صهرهم فى بوتقة اجتماعية وثقافية واحدة . ولذلك كان الوطن العربى أو الاسلامى يشمل كل البلاد الداخلة فى حدود

---

(١) أنظر فى تفصيل الاراء حول استعمال تعبير عربى كمرادف لتعبير اسلامى . توفيق الطويل ، العرب والعلم . القاهرة ١٩٦٨ . ص ٢٣ وما بعدها .

الدولة الاسلامية . وكان كل سكانها يوصمون بأنهم عرب أو مسلمون بصرف النظر عن دينهم أو جنسهم أو لغتهم . وهذه الظاهرة شبيهة بما يجرى الآن فى الولايات المتحدة الأمريكية ، فهى تضم خليطا من الأجناس والعروق والأديان ومع ذلك توصف حضارتها بأنها أمريكية .

ظلت الثقافة العربية تجمع بين العرب فى كل العصور بالرغم مما حدث من خلافات سياسية ورغم ما أصاب العرب من تفكك ما زالوا يعانون من آثاره حتى اليوم . فقد انقسم العالم الاسلامى الى عدة دول متحابة ومتآلفة أحيانا ومتخاصمة بل متحاربة فى بعض الحالات . فقد انقسم العالم الاسلامى الى خلافة مقرها بغداد (العباسيون ٧٥٠ م ـ ١٢٥٨ م .) وعاصرتها خلافة أخرى فى شمال أفريقية مقرها القيروان ثم القاهرة (الفاطميون ٩٠٩ م ـ ١١٧١ م .) وخلافة ثالثة فى الأندلس مقرها قرطبة (الأمويون ٧٥٦ م ـ ١٤٩٢ م .) . كما تفككت عرى الدولة باستقلال حكام الأقاليم بها وتفشى النزعة الشعوبية وتسلط غير العرب على مصير الدولة الاسلامية . فالسلاجقة فى العراق ، والمرابطون والموحدون فى المغرب ، والطولونيون والأخشيديون والأيوبيون والمماليك فى مصر والشام . ثم جاء العثمانيون وانتزعوا الخلافة من العرب ووحدوا الدولة الاسلامية (١٥١٧ حتى الغاء الخلافة بعد الحرب العالمية الأولى عام ١٩٢٤) وبالرغم من هذا التعدد والانقسام ظل الفقهاء يطلقون على كل البلاد الاسلامية اسم مملكة الاسلام ولا يتقيدون بالحدود السياسية بين الدويلات شبه المستقلة وظل القانون الذى يحكمها قانون واحد هو الشريعة الاسلامية ويسود بين سكانها عادات متشابهة . بل ان الاستعمار الأوربى عجز عن القضاء على الثقافة العربية التى ظلت تربط بين جميع أبناء الأمة العربية رغم تفككها السياسى وتعدد الولاءات السياسية (١) .

٤ ـ القرن التاسع عشر حتى الآن : تميز القرن التاسع عشر بضعف الدولة العثمانية مما أغرى الدول الأوربية باحتلال معظم أجزائها ، كما كما تميز بانتشار المبدا القومى والسيادة الشعبية فى أوروبا ، واعتنق كثير

---

(١) أنظر . كتابنا عن المجتمع العربى . ص ٢٨٣ .

من مفكرى البلاد العربية هذه الأفكار بغية استقلال العرب عن الدولة العثمانية والتخلص من الاستعمار الأوربى وتكوين دولة عربية واحدة تضم كل العرب ، فبدأ لفظ عربى يأخذ مدلولا قوميا فأصبح يعنى تلك الجماعة البشرية التى يجمع بينها وحدة اللغة العربية والثقافية العربية والتاريخ تمييزا لها عن بقية سكان الدولة الاسلامية فى عهد الخلافة العثمانية . وهذه الجماعة البشرية هى ما تسمى الآن بالأمة العربية .

وبهذا المعنى تحددت حدود الوطن العربى بالرقعة الجغرافية التى يستوطنها العرب فى الوقت الراهن ، وهى تشمل المنطقة التى تقع فى آسيا وأفريقية بين خطى العرض ١٠ر٣٧ شمال خط الاستواء وخطى الطول ١٥ غربا و ٥٧ شرقا وهذه المنطقة هى التى نعنيها هنا حينما نطلق كلمة البلاد العربية أو الوطن العربى .

وهذه الرقعة الجغرافيه المترامية الأطراف تبلغ مساحتها حوالى اثنى عشر مليونا من الكيلو مترات المربعة . وتمتد من المحيط الأطلسى غربا حتى الخليج العربى شرقا . ويحدها من الشمال الساحل الجنوبى للبحر الأبيض المتوسط وساحله الشرقى وهضبة الأناضول . ويحدها من الجنوب بحر العرب والمحيط الهندى وهضبة الحبشة ومنابع النيل والصحراء الكبرى . وتضم فى الوقت الراهن عدة دول مستقلة عن بعضها هى : فى آسيا : العراق . سوريا . لبنان ، فلسطين ، والاردن ، دول الجزيرة العربية (السعودية ، اليمن ، اليمن الجنوبيه ، الكويت ، دولة الامارات العربية ، قطر ، البحرين ، عمان) . وفى افريقية توجد : مصر ، ليبيا ، تونس ، الجزائر . المغرب ، موريتانيا . السودان . الصومال ، جيبوتى . وهى كلها اعضاء فى جامعة الدول العربيه .

ومن سخريات القدر أن المفكرين والسياسيين العرب رفعوا شعار المبدأ القومى لكى يتخلصوا من الاستعمار الأوربى من ناحية ولكى ينفصلوا عن الدولة العثمانية ويتخرطوا فى دوله واحدة تجمع شملهم من ناحية ثانية ، ولكن حصولهم على الاستقلال وتخلصهم من التبعية للدولة العثمانية لم يؤت كل ثمارة المرجوة فكل محاولات الوحدة السياسية

بين العرب باءت بالفشل بل زادت التجزئة وتكرست — كما رأينا — ولكن يخفف من ذلك أن أمل الوحدة ما زال يعيش فى ضمائر العرب لا يتحولون عنه وما زال مطلبا جوهريا تنادى به الشعوب العربية وتضعه فى مقدمة أمانيها القومية ، ولذلك لا يكاد يخلو دستور أى بلد عربى من النص على أن شعب هذا البلد جزء من الأمة العربية ، ذلك أن كل أركان الأمة يتحقق فى الأمة العربية ، ويدل على ذلك مظاهر الحياة داخل الأمة العربية الأمر الذى استرعى انتباه المفكرين المعاصرين الأوربيين وغيرهم (١) •

وهذه المنطقة العربية هى التى نقصدها بتعبير « البلاد العربية » ، وهى التى سنحصر دراستنا فيها •

الشريعة الاسلامية تحكم وحدها البلاد العربية حتى أواخر القرن التاسع عشر :

من المسلم أن القانون ظاهرة اجتماعية يعكس حضارة المجتمع الذى ينظمه ومن ثم يتكيف وفق مقتضيات البيئة التى يعيش فيها • ومن هنا كان القانون الذى يحكم مجتمعا معينا عنصرا أصيلا من مقوماته وخصائصه الثقافية • ومنذ ظهور الاسلام فى أواخر القرن السادس الميلادى تكونت أمة جديدة هى الأمة العربية ، وظهر قانون جديد فى تاريخ البشرية هو الشريعة الاسلامية ، وكان هذا القانون احدى الثمرات الثقافية للحضارة الاسلامية العربية • ولما كان الاسلام تنظيما اجتماعيا شاملا لكل نواحى الحياة المادية والروحية فان الشريعة الاسلامية تضمنت الأحكام التى تنظم قواعد السلوك فى المجتمع سواء ما تعلق منها بالناحية الدينية أو الناحية الأخلاقية أو العلاقات القانونية أو النظم الاقتصادية • ولما كان الاسلام رسالة عالمية لا تعترف بحدود للمكان والزمان أو الأجناس جاءت

---

(١) وخير تعبير عن ذلك نجده فيما كتبه المؤرخ الانجليزى المعاصر أرنولد توينبى فهو يقول « يغبط ابناء المجتمع العربى بما تضفيه عليهم صفة الامة العربية من وحدة حتى يشعر العربى أنه فى داره ما دام فى بلاد عربية اسلامية . فالعراقى او المصرى او النجدى او الحجازى او المراكشى أو التونسى لا يجد فرقا فى الجو الاجتماعى وروح الحياة العربية • وعقليتها السياسية ، بين الرباط وتونس والجزائر والقاهرة وجدة ودمشق وبغداد والبصرة » .

الشريعة الاسلامية عامة فى المكان والزمان لا تفرق بين البشر من حيث الجنس أو اللون أو اللغة أو الاقليم أو الزمن .. الخ . وبمجرد انتشار الاسلام فى أعقاب الفتح الاسلامى أصبحت الشريعة الاسلامية هى السائدة فى البلاد العربية وظلت مطبقة فيها دون منافس حتى قبيل صدور التقنينات الحديثة منذ منتصف القرن التاسع عشر ، ليس فقط فى تنظيم العلاقات القانونية بل فى سائر أوجه النشاط فى الحياة سواء فى عهد الدولة الأموية أم فى عهد الدولة العباسية أم بعد ظهور النزعات الاستقلالية لدى حكام وأمراء الأقاليم ، وسواء فى العهود التى ظلت فيها الدولة الاسلامية موحدة أم فى العهود التى انقسمت فيها الى عدة دول ، وسواء فى العهود التى تولى الحكم فيها عرب أم عناصر غير عربية . وظل الأمر كذلك فى عهد الخلافة العثمانية حتى منتصف القرن التاسع عشر .

وكان الالتزام بالعمل بالشريعة الاسلامية فى كل هذه العصور راجعا الى سيادة الحضارة الاسلامية فى العالم الاسلامى والتزام أولى الأمر بأحكام الشريعة اعمالا لقوله تعالى « ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون » .

النظم الأوربية تزاحم النظم الاسلامية :

انتشرت الحضارة الأوربية فى العالم العربى والاسلامى مع تغلغل النفوذ الأجنبى فى القرن التاسع عشر . وساعد على ذلك : تعضيد الدول الأوربية للحضارة الاوربية ،ظهور أجيال من أبناء البلاد العربية والاسلامية تشربوا الحضارة الأوربية وتشيعوا لها ، مناصرة نظم الحكم التى أقامها الاستعمار فى البلاد للنظم والحضارة الأوربيه . ولما كانت هذه الحضارة تفصل بين الدين والدولة — على خلاف الحضارة الاسلامية — وهو ما يسمى بالعلمانية فان فريقا من أبناء البلاد بدأ يروج للعلمانية ضمن الأفكار والنظم الأوربية ونتج عن انتصار التيار العلمانى تغيير جذرى فى النظم القانونية المعمول بها فزاحمت القوانين الأوربيـة الشريعة فى عقر دارها وتم ذلك على الوجه الآتى :

١ ـ اقتباس التقنينات العثمانية عن القوانين الاوربية : عمدت الدولة العثمانية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ـ تحت ضغط الدول الأوربية ـ الى اصدار عدة تشريعات استقت أحكامها من الشريعة الاسلامية ومن العادات المحلية ومن القوانين الأوربية وخاصة الفرنسية منها (١) . ومن هنا بدأ التنافس بين القانون الرومانى (القانون الذى اعتمد عليه التقنين الفرنسى فى عهد نابليون) والشريعة الاسلامية ، وبدأت حركة النقل والترجمة عن القوانين الأوربية . وطبقت التشريعات والتقنينات العثمانية فى كل البلاد العربية فيما عدا مصر والمغرب (مراكش) ، حيث طبقت فيها تقنينات وضعية منقولة عن القانون الفرنسى . وفيما عدا بعض أقطار الجزيرة العربية ، التى ظلت تطبق الشريعة الاسلاميه وحدها .

٢ ـ الاستعمار الاوربى يفرض قوانينه : بدأ الضعف والانحلال يدب فى أوصال الدولة العثمانية منذ أوائل القرن التاسع عشر مما أسال لعاب الدول الأوربية على تقطيع أشلائها . فاحتلت فرنسا شمال أفريقيه : الجزائر فى عام ١٨٣٠ . تونس عام ١٨٨١ واحتلت القوات الفرنسية والأسبانية المغرب عام ١٩١١ . واحتلت ايطاليا ليبيا عام ١٩١١ . واحتلت انجلترا مصر عام ١٨٨٢ ثم السودان بموجب اتفاقية ١٨٩٩ . كما امتد

---

(١) أصدر السلطان عبد الحميد عام ١٨٣٩ وثيقة « خط كولخانة » تضمنت الوعد باصلاح الادارة والقضاء عن طريق القوانين العثمانية . وتأكد هذا المعنى ـ تحت الضغط الاجنبى ـ فى الوثيقة المعروفة بالخط الهمايونى التى أصدرها نفس السلطان عام ١٨٥٦ . واستنادا الى هاتين الوثيقتين اصدرت الدولة العثمانية عدة تقنينات متأثرة بالقانون الفرنسي أو منقولة عنه : قانون التجارة (١٨٥٠) . قانون الاراضى (١٨٥٨) ، قانون الجزاء (١٨٥٨) . قانون التجارة البحرية (١٨٦٣) . قانون أصول المحاكمات التجارية (١٨٦١) ، قانون أصول المحاكمات الجزائية (١٨٧٩) . ولم ينج من هذا المصير سوى المعاملات المدنية ، فقد قننت من المذهب الحنفى . وصدر هذا التقنين باسم « مجلة الاحكام العدلية » عام ١٢٩٣ هـ ١٨٧٦ م . وفى مصر صدرت القوانين المختلطة عام ١٨٧٥ (مدنى ، تجارى بحرى ، جنائى ، مرافعات ، اجراءات جنائية) وهى منقولة عن القوانين الفرنسية . وقام بوضعها الأستاذ مانورى Manowry وهو محام فرنسي مقيم بمصر وفى سنة ١٨٨٣ صدرت القوانين الأهلية الستة على غرار القوانين المختلطة لتطبق على المصريين . وقد نقلها عن القوانين المختلطة لجنة مشكلة برئاسة حسين فخرى . وعضوية الايطالى موريوندو والانجليزى لو ، القاضيين بالمحاكم المختلطة . وبطرس غالى وكيل نظارة العدل .

نفوذها الى جنوب الجزيرة العربية فاحتلت عدن وكل الجنوب العربى فى بداية القرن التاسع عشر ، ووقعت ما يسمى الآن امارات الخليج العربى تحت سيطرتها الكاملة منذ أواخر القرن التاسع عشر .

وبعد الحرب العالمية الأولى استأثرت بريطانيا بالانتداب على العراق واقتسمت مع فرنسا بلاد الشام باسم الانتداب فتجزأ الى عدة دول فاختصت انجلترا بالانتداب على فلسطين والأردن واختصت فرنسا بسوريا ولبنان وهكذا لم ينج من البلاد العربية من الاحتلال الأوربى سوى المملكة العربية السعودية واليمن وظلت قوانينها بمنأى عن التأثر بالقوانين الأوربية .

وقامت كل دولة من هذه الدول الأوربيه بفرض تشريعها وقانونها على البلاد التى تحتلها باستثناء مصر . فهى بالرغم من احتلال انجلترا لها الا أنها كانت منذ عهد محمد على وخلفائه قد بدأت تتأثر بالقانون الفرنسى وظل الحال كذلك بعد الاحتلال الانجليزى .

٣ — انحسار مجال تطبيق الشريعة : وفى جميع هذه البلاد التى خضعت للاحتلال الأجنبى وتلك التى ظلت فى حوزة الدولة العثمانية انحسر مجال تطبيق الشريعه الاسلاميه ولم يبق لها سلطان الا فى مجال الأحوال الشخصيه (الزواج . الطلاق ... الخ) . وقد تبع ذلك تعدد جهات القضاء: القضاء الأهلى و الوطنى (المحاكم النظاميه) الذى يطبق القوانين المأخوذة من الشرائع الأجنبيه . القضاء الشرعى الذى يطبق الشريعة الاسلامية فى فى مسائل الأحوال الشخصيه . وبجانب هاتين الجهتين ظهرت فى بعض البلاد مجالس مليه وطائفيه تقضى فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بغير المسلمين من الوطنيين . فضلا عن المحاكم القنصلية التى تقضى فى المنازعات بين الاجانب المتمتعين بالامتيازات الأجنبية ومحاكم مختلطه تقضى فى المنازعات التى تكون أحد طرفيها من هؤلاء الأجانب .

٤ — تعدد الشرائع المطبقة فى البلاد العربية : وهكذا تميز النصف الثانى من القرن التاسع عشر بتفتت وحدة البلاد العربية الثقافية فى المجال القانونى . وبمضى الزمن تباعدت الشقة بينها ، وخاصة تلك التى استمدت تشريعها من نظم قانونية متباينة . وأصبح العالم العربى مسرحا للشرائع

العالمية المتباينة • فمنذ انتهاء الحرب العالمية الأولى تقاسمت الشرائع العالمية الكبرى الثلاث البلاد العربية : الشريعة الاسلامية اللاتينية(المأخوذة من القانون الرومانى ونمثلها الآن قوانين أوربا الغربية وهى فرنسا ، ايطاليا أسبانيا) الشريعة الأنجلوسكسونية (القانون الانجليزى) • وزاد من التباعد بين البلاد العربية حلول لغة المحتل الأجنبى محل اللغة العربيـة سواء فى صياغة التشريعات أم أمام القضاء : الفرنسية فى شمال أفريقية ، الانجليزية فى السودان ••• وهكذا • ونتج عن ذلك تباين المصطلحات القانونية واختلف مدلولها عند ترجمتها الى اللغة العربية ، كما ارتبطت الثقافة القانونية بثقافة البلد الأجنبى الذى أخذت عنه التشريعات •

فالشريعة الاسلامية ضاق مجال تطبيقها فاقتصر على مسائل الأحوال الشخصية فى جميع البلاد العربية ، ولكنها ظلت سائدة ومطبقة تطبيقا شاملا لمعظم أوجه النشاط البشرى فى المملكة العربية السعودية واليمن وبعض أقطار الجزيرة العربية فقد ظلت هذه البلاد محافظة على التراث الاسلامى وبعيدة عن التأثر بالقوانين الأجنبية •

والشريعة اللاتينية أصبح لها مجال واسع فى التطبيق فى كل من مصر (حيث ترجمت مجموعات القوانين الفرنسية المدنية والجنائية والتجارية ••• الخ ترجمة تكاد تكون حرفية الى اللغة العربيـة) ، وفى تونس والجزائر والجزء الأكبر من المغرب وسوريا ولبنان حيث طبق القـانون الفرنسى ، وفى ليبيا حيث طبق القانون الايطالى • وفى الجزء الأصغر من المغرب الذى احتلته أسبانيا حيث طبق القانون الأسبانى • ولم يخرج من مجال تطبيق القوانين اللاتينية فى كل هذه البلاد سوى الأحـوال الشخصية •

والشريعة الأنجلوسكسونية أثرت فى البلاد التى خضعت لحـكم انجلترا • وهى العراق والأردن • فلسطين • السودان • جنوب اليمن (عدن) وبعض الامارات العربية فى الجزيرة العربية • مع ملاحظة مسائل الأحوال الشخصيـة ظلت محكومة بقواعد الشريعة الاسلامية •

أسباب النقل او الاقتباس عن القوانين الأوربية :

تعددت أسباب النقل أو الاقتباس . ومن أهمها ما يلى :

١ ــ ضعف الدولة العثمانية وتغلغل النفوذ الأجنبى فيها مما أدى الى ظهور الامتيازات الأجنبية وتعقد مسألة الأقليات الدينية . مما اضطر الدولة العثمانية عام ١٨٣٩ الى قبول نصيحة الدول الأوربية ــ وهى نصيحة ترقى الى مرتبة الأمر ــ بانشاء محاكم نظامية تطبق قوانين منقولة عن أوربا (١) . كما اضطرت الى الانضمام الى معاهدة باريس ١٨٥٦ التى تقضى بخضوع أطرافها فى علاقاتها الدولية للقانون العام الأوربى (٢) .

٢ ــ محاكاة الدول الأوروبية فى الأخذ بأساليبها الحديثة فى نهضتها الاقتصادية والاجتماعية وانتشار تقنين نابليون الأمر الذى دفع ببعض المثقفين ثقافة أوروبية الى التماس الاصلاح من أيسر سبيل وهو النقل أو الاقتباس عن أوروبا . وعلى رأس هؤلاء نجد فى تركيا رشيد باشا الذى يوصف بأنه « أبو التنظيمات الحديثة » ومدحت باشا « أبو الدستور العثمانى » . وفى مصر نجد « نوبار باشا » وهو من أصل أرمنى .

٣ ــ قيام الدول الأجنبية المحتلة بفرض قوانينها فى البلاد العربية التى احتلتها . فانتشار الصناعة فى أوربا ترتب عليه تغيير كبير فى النظم الاقتصادية والاجتماعية فظهر ما يعرف من الناحية الاقتصادية باسم المذهب الرأسمالى كما يعرف من الناحية الفلسفية باسم المذهب الفردى . أما البلاد العربية فقد كانت تعيش فى ظل المفاهيم الاقتصادية الاسلامية ، وهى جد مختلفة عن المذهب الرأسمالى . وتسودها القيم الاجتماعية والأخلاقية المستمدة من الاسلام وهى أيضا مختلفة عن نظيرتها الأوربية . ولما كان هدف الأجانب من التعامل مع البلاد العربية والدولة العثمانية هو

---

(١) أنظر محمد كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٥٠ ، جـ٢ ، ص ١٧

(٢) السنهورى . Le Califat 1926 P. 325

استغلالها من الناحية الاقتصادية فضلا عن نشر قيمها الأخلاقيه وعاداتها الاجتماعيه باسم نشر الحضارة فان هذه الغاية اقتضت تغيير القوانين التى تحكم البلاد العربية • وقد ساعدهم فى ذلك بعض دعاة الاصلاح الذين تصوروا أن محاكاة النظم الأوربية هو السبيل السليم لنهضة البلاد العربية والاسلامية •

٤ ـ تقاعس علماء الشريعة (١) عن اعادة النظر فى الأحكام الشرعية فى ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية التى صاحبت الثورة الصناعية واحجامهم عن التصدى للعلاقات الاجتماعية والاقتصادية الجديدة وأصبح كل من يجتهد فى هذا المجال محل اتهام فى ايمانه ودينه (٢) ومن ناحيه ثانية خيم الجهل على المجتمع وأهملت الدراسات الفقهية فى خصوص المعاملات مما أدى الى تزايد ضعف الملكات الفقهية وتصدى للفتوى أناس لا يطمئن بعلمهم (٣) • ومن ناحية أخرى أباح فريق منهم للحكام اقتباس ونقل القوانين الأجنبية (٤) •

---

(١) انظر : صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٨٩ ــ ١٩٠ ، ص ٢٤٧ .

(٢) يذكر الدكتور محمد البهى فى كتابه « الفكر الاسلامى الحديث » ص ١٤٦ أن فريقا من علماء الأزهر قاوموا الامام محمد عبده فيما نادى به من اصلاحات واتهموه فى ايمانه ودينه . انظر ، عبد الحميد متولى ، التشريع الاسلامى والنظم القانونية الوضعية ؛ القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٣٧ .

(٣) يذكر الباحثون أن عدة فتاوى صدرت فى أواخر عهد الدولة العثمانية تبيح توارث بعض الوظائف الدينية فانفتح المجال امام ارباب الجهالة للتصدى للفتوى واشهروا سلاح التحريم فى وجه كل ما هو جديد فأفتوا بتحريم شرب قهوة البن ولبس الملابس الاوربية وطباعة القرآن الكريم .... الخ انظر كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ص ٢ - ص ١٥ .

(٤) يذكر الاستاذ عبد القادر عوده فى كتابه « الاسلام بين جهل ابنائه وعجز علمائه » القاهرة ، ١٩٥١ ؛ ص ٢٩ ان الخديوى اسماعيل طلب من علماء الأزهر وضع مجموعات تشريعية تقتبس من المذاهب الاسلامية المختلفة ولكن التعصب المذهبى حال دون تحقيق هذا الهدف . انظر ، عبد الحميد متولى ، التشريع الاسلامى . المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٣٨ . وعلى العكس من ذلك يروى رشيد باشا ــ واليه تنسب القوانين العثمانية المقتبسة من القوانين الأوربية ــ فى مذكراته المعروفة باسم « المحررات السياسية » انه « جمع مجلس العلماء » وعرض عليهم تدخل روسيا بحجة عدم قبول المحاكم لشهادة غير المسلم فى قضايا الرعايا المسيحيين فى البلاد التى يؤلفون =

العودة الى الشريعة الاسلامية :

لم يكن انتصار التيار العلماني في فرض القوانين الأجنبية سوى أمر عارض أملته الظروف السياسية ، فقد ظلت الشعوب العربية والاسلامية ترفض الانسلاخ عن جلدها الاسلامي وتتوق الى العودة الى الشريعة .

وما أن حصلت البلاد العربية على استقلالها وتخلصت من تبعيتها للدولة العثمانية ومن الاحتلال الأوربي (تم الاستقلال ابتداء من الربع الثاني من القرن العشرين بالنسبة لبعض الدول وفي النصف الثاني من هذا القرن العشرين بالنسبة للبعض الآخر)حتى لجأت معظمها الى اصدار تقنينات حديثة استمدت أحكامها في مسائل الأحوال الشخصية من الشريعة الاسلامية أساسا أما في غير الأحوال الشخصية فقد اعتمدت على القوانين الأجنبية التي سادتها حقبة من الزمان ، وظل بعضها محافظا على قوانينه التي سادت في عهد الاحتلال (مثل الجزائر والمغرب وتونس) ووعدت معظم الدول باعادة النظر في قوانينها بما يجعلها متمشية مع الشريعة وشكلت لذلك العديد من اللجان .

وقد صدرت بعض هذه التقنينات الجديدة في وقت بعث القومية العربية ، وما تضمنته من احياء التراث الاسلامي والافادة منه ، وبعد انشاء جامعة الدول العربية والمناداة بقانون عربي موحد . وقد كان متوقعا أن تعتمد هذه التقنينات على الشريعة الاسلامية بصفة أساسية ولا تلجأ الى الاقتباس من الشرائع الأجنبية الا بقدر وعند الضرورة القصوى . غير أن التقنينات ظلت تعتمد بصفة أساسية على القوانين الأجنبية ، باستثناء مسائل الأحوال الشخصية ، وان كان اعتمادها على الشريعة الاسلامية كأصل من أصولها قد ازداد بالمقارنة بما كان عليه الحال قبل

فيها الاكثرية . فافتى المجلس بانه اذا صدر امر سلطاني مبني على المصلحة العامة في امثال هذه الحالة ، كان الأمر مطاعا واجب التنفيذ ، فبالاستناد الى هذا الراي الشرعي . اصدر رجال الاصلاح الأنظمة والقوانين بصيغة الأمر السلطاني » انظر : صبحي محمصاني ، الاوضاع التشريعية في الدول العربية : بيروت : ١٩٦٥ . ص ١٨٩ ، كرد علي الاسلام والحضارة العربية ، جـ٢ ص ١٧ .

الاستقلال بصورة تختلف من بلد الى آخر . ومنها القانون المدنى المصرى الذى صدر عام ١٩٤٨ وعمل به اعتبارا من ١٩٤٩ ، وعنه نقل القانون المدنى السورى عام ١٩٤٩ ونفذ عام ١٩٤٩ كما نقل عنه القانون المدنى العراقى الصادر عام ١٩٥١ وطبق عام ١٩٥٣ كما نقل عنه المشرع الليبى ؛ ونقل عنه المشرع الكويتى نظرية الالتزامات .

وقد حرص المشرع فى هذه البلاد على التنوية بدور الشريعة الاسلامية فيما أصدره من تقنينات جديدة ومدى اعتماده عليها (١) .

ومن ناحية أخرى اتخذت بعض البلاد العربية موقفا حاسما فى خصوص العودة الى تطبيق الشريعة . فالسودان أصدر فى صيف عام ١٩٨٣ عدة تقنينات ماخوذة كلها من الشريعة فى سائر فروع القانون . واقتصر

---

(١) وقد احس المشرع المصرى حينما أصدر تقنينه المدنى سالف الذكر انه كان عليه أن يعتمد على الشريعة وحدها . باعتبارها قانونا نابعا من عقيدتنا ومتفقا مع تقاليدنا وبيئتنا ؛ فابرز أن ما حواه التقنين من احكام يرجع الى الشريعة الاسلامية اساسا او يمكن تخريجه على أحكام الشريعة فذكر فى المذكرة الايضاحية (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ١ . ص ٢٠) « ادخل المشروع فى شأن الشريعة الاسلامية تجديدا خطيرا . فقد جعلها من بين المصادر الرسمية للقانون المصرى اذا لم يجد القاضى نصا تشريعيا يمكن تطبيقه ؛ والفروض التى لا يعثر فيها القاضى على نص فى التشريع ليست قليلة ؛ فسيرجع القضاء اذن للشريعة الاسلامية يستلهم مبادئها فى كثير من الاقضية ؛ وفى هذا فتح عظيم للشريعة الغراء ؛ لا سيما اذا لوحظ ان ما ورد فى المشروع من نصوص هو ايضا يمكن تخريجه على احكام الشريعة دون كبير مشقة . فسواء وجد النص ام لم يوجد فان القاضى فى احكامه بين اثنتين ..اما انه يطبق احكاما لا تتناقض مع مبادىء الشريعة الاسلامية؛ واما انه يطبق احكام الشريعة الاسلامية ذاتها » . ونفس المعنى ردده المشرع العراقى حيث ورد فى المذكرة الايضاحية (وهى تسمى الأسباب الموجبة للائحة القانون المدنى العراقى) : « وهو بتكوينه هذا يحكم التنسيق بين هذين المصدرين (اى الشريعة الاسلامية والتقنينات الغربية) فيتسع لمواجهة اوضاع الحضارة الحديثة ويستحث الجهود لدراسة الفقه الاسلامى دراسة مقارنة تردد الى ربيع حياته وتمكنه من مسايرة هذه الاوضاع .. ومتى تم احياء الفقه الاسلامى على النحو المتقدم . مهد السبيل للقانون العربى ؛ فما من شك فى ان هذا الفقه يصبح مصدرا ينبض بالحياة والحركة . ويكون خليقا بأن تؤسس عليه وحدة تقنين مدنى من احدث طراز . ومثل هذا التقنين وان كان مجرد امنية تجيش بها النفوس فى الوقت الحاضر الا أن المشروع يهيىء لتحقيق هذه الامنية خير الوسائل واجداها (بند ٨ وبند ٩) .

الأردن على اصدار تقنين جديد للمعاملات المدنية عام ١٩٧٦ اعتمد كلية على الشريعة ».

اعتراضات مردودة :

أثار البعض عدة اعتراضات حول العودة الى تطبيق الشريعة • وقد تعددت دوافع هذه الاعتراضات بين اتجاهات علمانية أو شعوبية أو تعصب دينى أعمى أو تخوف من نتائج التصادم مع القوى الأوربية والأمريكية ... الخ • وكلها اعتراضات مردودة كما سنرى •

١ — جمود الفقه الاسلامى ثار التساؤل عما اذا كانت الشريعة — وقد مضى عليها قرابة أربعة عشر قرنا — قادرة على حكم الأوضاع الحضارية الحديثة فى عصر الصناعة والتكنولوجيا • لقد ذهب البعض الى أن الفقه الاسلامى أصابه الجمود وخاصة بعد قفل باب الاجتهاد فى القرن الرابع الهجرى وأن طبيعة مصادرة تحول دون التطور ومواكبة ظروف العصر الحديث • ونبادر منذ الآن الى التأكيد بأنه بالرغم من خلو كتب الفقه من أحكام تواجه الأوضاع الجديدة الا أن مصادر الشريعة من المرونة بحيث تمكننا من استنباط الحلول لكافة المشاكل ، ولا غرابة فى ذلك فهى شريعة عالمية تصلح للتطبيق فى كل زمان ومكان • وهذا سيتضح بجلاء عند التعرض لدراسة مصادر الشريعة • والتقنينات — التى وضعها مجلس الشعب المصرى عام ١٩٨٢ — خير دليل على صلاحية أحكام الشريعة للتطبيق فى العصر الحاضر •

٢ — تأثر الشريعة بالقانون الرومانى : ذهب بعض الباحثين الى القول بأن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الرومانى ومن ثم لا تتمتع بذاتية مستقلة ، ورتبوا على ذلك نتيجة هامة مضمونها جواز الرجوع الى الأصل الذى تأثرت به وهو القانون الرومانى والأخذ عن القوانين التى أخذت عنه مثل القانون الفرنسى • وسنرى أن هذا القول ان هو الا فرية رددها بعض المستشرقين ابان عصر الاستعمار بغية القضاء على أهم مقومات الشخصية العربية والقضاء على كيان الأمة العربية • فالشريعة الاسلامية شريعة لها كيانها المتميز عن غيرها من الشرائع ولها طرائقها الخاصة فى الاستنباط والتفسير •

٢ — **وضع الأقليات الدينية** : تخوف البعض من نتائج تطبيق الشريعة بالنظر الى أن سكان البلاد العربية ليسوا كلهم من المسلمين . وهـذا التخوف لا محل له لأن الشريعة الاسلامية بالرغم من كونها سماوية المصدر الا أنها عالمية التطبيق لاتميز بين المسلم وغير المسلم فى أحكام المعاملات اعمالا للحديث الشريف « لهم مالنا وعليهم ما علينا » وتسمح لغير المسلمين من أهل الكتاب بأن يسيروا على الأحكام الواردة فى كتبهم المقدسة فى المسائل وثيقة الصلة بالدين كالزواج وغيره اعمالا للآية القرآنية « لا اكراه فى الدين » .

يضاف الى ذلك أن المسيحية اقتصرت على تنظيم الجوانب الروحية والأخلاقية لحياة الناس اعمالا لمبدأ فصل الدين عن الدولة ولذلك لا نجد فيها قانون مدنى مسيحى ولا قانون عقوبات مسيحى ... الخ وتركت أمر تنظيم جوانب الحياة المادية ، اجتماعية وسياسية وقانونية واقتصادية للدولة ، وترتب على ذلك تباين القوانين التى تحكم الشعوب المسيحية فمنها ما هو لاتينى الأصل ومنها ما هو جرمانى الأصل ومنها ما هو أنجلوسكسونى الأصل ومنها ما هو اسلامى الأصل ، فقد ظل مسيحو الدولة الاسلامية يخضعون للشريعة الاسلامية حتى منتصف القرن التاسع عشر — كما سبق القول . ولذلك كان من الطبيعى أن يكون على رأس المنادين بالعودة الى تطبيق الشريعة أحد أعلام الفقه من مسيحى مصر هو الأستاذ الدكتور شفيق شحاته (١) وأن يكون من بين أعضاء لجان تقنين أحكام الشريعة التى شكلها مجلس الشعب المصرى اعلام من رجال القانون المسيحيين .

تطبيـق الشريعـة يعنى الحكـم الثيوقراطى : احتج أنصار الاتجاه العلمانى بأن تطبيق الشريعة يعنى العودة الى نظم الحكم التيوقراطية — أى نظم الحكم الدينية — التى سادت أوربا فى العصور الوسطى ، وهى نظم عفى الزمن عليها ولا تلائم روح العصر .

---

(١) انظر : شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية فى قوانين البـلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

وهذا القول مردود لأنه يخلط بين أمرين مستقلين رغم ما بينهما من ارتباط ، وهما القانون الواجب التطبيق وطبيعة نظام الحكم الاسلامى . وسبب الخلط يرجع الى انهم قاسوا الاسلام على نظام الحكم البابوى فى أوربا فى العصور الوسطى وسلطات رجال الدين المسيحى وخاصة فى الكاثوليكية . فالأصل فى المسيحية انفصال تام بين الدين والدولة اعمالا لقول المسيح عليه السلام « ردوا ما لقيصر لقيصر (يعنى الدولة) وما لله لله (يعنى الكنيسة) » واستيلاء الكنيسة على السلطة الزمنية — فى العصور الوسطى — فيه خروج على أصول المسيحية ويمثل اغتصابا لسلطات الدولة فكان طبيعيا أن ينادى المفكرون فى عصر النهضة بفصل الدين عن الدولة ، وهو ما تبنته الثورة الفرنسية وكل النظم الأوربية المعاصرة . والحال على خلاف ذلك فى الاسلام الذى جاء بتنظيم شامل لأمور الدين والدنيا بصورة يستحيل معها الفصل بين الجانبين وألقى على عاتق ولى الأمر واجب تنفيذ أحكام الدين ورعايته بجانب وأجب رعايته لصالح الناس الدنيوية .

ومن ناحية أخرى تؤثر المسيحية رجال الدين المسيحى بامتيازات خاصة وسلطات معينة وتجعل منهم طبقة خاصة مقفلة . فهم يتمتعون بسلطة روحية Spirituel لأنهم يستمدون سلطتهم من الله تعالى مباشرة وهم ظل الله فى الأرض ويقومون بدور الوساطة بينه وبين الناس . ويمتضى هذه السلطة الروحية لهم وحدهم حق تفسير النصوص المقدسة ، ويلتزم الناس بطاعتهم دون أدنى مناقشة لأنهم لا يسألون عن أعمالهم الا أمام الله تعالى وحده . كما أن لهم وحدهم قبول التوبة وغفران الذنوب والمعاقبة بالحرمان من رحمة رب العالمين . أما الفكر الاسلامى فهو خال من الكهانة والكهنوت اعمالا للحديث الشريف « لاكهنوت فى الاسلام » ولذلك أجمع علماء المسلمين — باستثناء الشيعة — على عدة أمور تناقض المعانى التى تقوم عليها الدولة التيوقراطية منها : ان أولى الأمر وعلى رأسهم رئيس الدولة ، أى الخليفة ومعاونوه ، لا يكونون طبقة خاصة مقفلة بل يختارون من الشعب حسب قدراتهم ومدى صلاحيتهم لتولى أمور المسلمين ، ولذلك يخضعون لرقابة الشعب ويسألون أمامه

فضلا عن مسئوليتهم امام الله تعالى . واذا كان الفقهاء قد اشترطوا تحقق وصف الاجتهاد فى أولى الأمر على درجات متفاوته . فان الاجتهاد ليس صفة موروثة ولا يقتصر على طبقة دون غيرها من الناس بل هى صفة يستطيع أى انسان ان يكتسبها بمجرد توافر شروط الاجتهاد فيه . والمجتهدون لا يتمتعون بأية سلطة روحية ولا امتيازات دينية فهم ليسوا واسطة بين الله والناس ولا يغفرون الذنوب ولا يقبلون التوبة ولا يستطيعون حرمان أحد من رحمة الله . ودورهم بالنسبة لأحكام الشريعة — فى ظل حرية الاجتهاد — لا يعدو التفسير واستنباط الأحكام من الأدلة الشرعية مثلهم فى ذلك مثل الفقهاء فى العصر الحديث الذين يفسرون ويستنبطون الأحكام من النصوص التشريعية الوضعية . ولا يغير من الأمر شيئا خلع صفة الالزام على أقوال بعض أئمة الفقه الاسلامى بعد قفل باب الاجتهاد ، فهى ظاهرة تحدث فى كل القوانين فى مرحلة معينة من مراحل تطورها مثلما حدث فى القانون الرومانى فى القرن الأول الميلادى بصدور قانون امتياز الافتاء العام لبعض الفقهاء وما حدث فيه فى القرن الخامس الميلادى بصدور قانون الأسانيد الذى قفل باب الاجتهاد والزم الناس بآراد الفقهاء السابقين بشروط معينة . ولا يغير من الأمر شيئا كون نصوص الشريعة ذات أصل دينى فقانون حمورابى فى دولة بابل صور على أنه موحى به الى الملك حمورابى والقوانين فى مصر الفرعونية كانت تصدر عن الملك المؤله ومع ذلك لم توصف أى من الدولتين بوصف التيوقراطية . فالعبرة ليست بالأصل الدينى للقانون بل بالقائمين على تطبيقه وتفسيره هل هم من سلالة أو طبقة دينية معينة أم لا فان كانت الأولى كان النظام تيوقراطيا والعكس فى الحالة الثانية

ومن ناحية ثالثة فان تمتع رئيس الدولة ورجاله ، أى الخليفة وأعوانه، باختصاصات دينية بجانب الاختصاصات السياسية لا يكفى وحده لخلع وصف التيوقراطية على الدولة الاسلامية ، فكثير من النظم تمنح رئيس الدولة اختصاصات دينية وتظل مع ذلك حكومتها مدنية ولا توصف بالتيوقراطية . ففى القديم كان امبراطور الرومان رئيسا للديانة الرومانية

قبل المسيحية وكان رئيسا للديانة المسيحية بعد اعتناقها . وفى العصر الحديث يتمتع ملك انجلترا باختصاصات دينية . ومع ذلك لم يوصف نظام الحكم عند الرومان ولا فى انجلترا ـ أم الديمقراطيات ـ بوصف التيوقراطية .

ولذلك لا محل للتخوف من تحول نظام الحكم الى نظام تيوقراطى عند تطبيق الشريعة اذ لا محل للقياس على نظام الحكم السائد الآن فى ايران فهى تأخذ بمذهب الشيعة وفيه مسحة من السلطات الروحية . أما عند أهل السنة ـ وهم الأكثرية الساحقة من المسلمين ـ فلا وصاية لطبقة معينة من الناس على الدولة اذ لا وجود لهذه الطبقة فى التصور الاسلامى ، ومن ناحية أخرى يظل وضع التشريع من اختصاص السلطة التشريعية بعد أخذ رأى المتخصصين من رجال الفقه الاسلامى كما يظل تفسيره من اختصاص السلطة القضائية .

٥ ـ تطبيق الشريعة يهدم نظاما قانونيا الفناه : يذهب البعض الى أن تطبيق الشريعة يعنى تغييرا جذريا فى النظام القانونى الذى ساد قرابة قرن من الزمان وضرب بجذوره فى البيئة العربية واكتسب طابعا عربيا بفضل جهود الفقه والقضاء بحيث أصبح لدينا نظام قانونى عربى يختلف عن النظم القانونية الأخرى (لاتينية وانجوسكسونية وسوفيتية .. الخ) وليس من الملائم اهدار هذا التراث القانونى فضلا عن أن تطبيق الشريعة تواجهه صعوبات عملية فى الداخل ويعزلنا عن العالم الخارجى .

وهذا القول يدفع بالمجتمع الى جحود وانكار النصوص القرآنية التى تأمر بالحكم بما أنزل الله كما أنه ينتهى بنا الى الانسلاخ عن جلدنا مما يقضى على مقوماتنا الحضارية ويسد الباب فى وجه أمانينا القومية . فالمناداة بالابقاء على القوانين الأجنبية بحجة توطنها فى البلاد العربية وتجنسها بجنسيتها هو تكريس للتبعية الأجنبية فى أحد المجالات الأساسية وهو القانون ، ومن أهم الامانى القومية للشعوب العربية هو التخلص من التبعية الأجنبية فى كافة المجالات اجتماعية كانت أم سياسية أم

اقتصادية . والعودة الى الشريعة لا تعنى اهدار التراث القانونى الذى تكون فى البلاد العربية على مدى قرن من الزمان اذ يمكن المحافظة عليه والافادة منه طالما كان موافقا لأحكام الشريعة ، وهذا المنهج هو ما سلكته لجان تقنين أحكام الشريعة فى مجلس الشعب فقد احتفظت بالصالح من هذا التراث وردته الى الأدلة الشرعية .

ولا محل للاحتجاج بالمشاكل المحلية وزعزعة المراكز القانونية المكتسبة ، فقد سبق أن واجهنا هذه المشكلة حينما غيرنا نظامنا القانونى فى أواخر القرن الماضى من نظام اسلامى كامل الى نظام قانونى وضعى ومن بين الحلول التى اقترحتها لجان تقنين أحكام الشريعة فى مجلس الشعب المصرى تحديد فترة انتقالية كافية لتصفية المراكز القانونية — وهى قليلة — التى تتعارض مع أحكام الشريعة . أما عن المشاكل الدولية فنحن لا ننكر وجودها ولكن يمكن التغلب عليها . فالعالم المعاصر لا يخضع لنظام قانونى موحد بل تتعدد شرائعه ما بين لاتينية وانجلوسكسونية وجرمانية وسوفيتية .. الخ . وامكنها التعايش مع بعضها . وفى الماضى القريب — حينما كانت الشريعة مطبقة فى العالم العربى والعالم الاسلامى — كانت تتعايش مع النظم الأوربية بل أنها تتعايش الآن فى مجال الأحوال الشخصية مع النظم المناظرة الأخرى على ما بينها ومن الشريعة من اختلافات جوهرية .

والشعوب الحريصة على الاحتفاظ بكيانها ومقوماتها الذاتية تضحى بالكثير فى سبيل ذلك . فشعوب جنوب شرق آسيا ما زالت تحافظ على طريقة كتابة لغاتها رغم ما يكتنف ذلك من صعوبات دولية ، والشعوب الأوربية يحرص كل منها على الحفاظ على مقوماته الذاتية رغم ما بينها من وحدة حضارية ، فكل منها حريص على لغته وعلى قانونه اذ نجد القوانين ذات الأصل اللاتينى بجانب القوانين ذات الأصل الجرمانى والقوانين ذات الأصل الانجلو سكسونى . والعودة الى تطبيق الشريعة ليس مجرد حنين عاطفى الى الماضى بل هو استرداد للذات العربية لان الشريعة من أهم مقومات الشخصية العربية

المشرع الدستورى قضى باعتبار الشريعة مصدرا رئيسيا للتشريع :

اتجهت أكثر البلاد العربية والاسلامية الى العودة الى أحكام الشريعة الاسلامية . وقطعا لدابر الخلاف حول هذا الموضوع وما ثار من مناقشات بين المؤيدين والمعارضين ، نصت دساتير معظم البلاد العربية والاسلامية — استجابة للرغبة الشعبية الجارفة — على الاعتماد على الشريعة كمصدر رئيس للتشريع . فقد نص الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ — ولم يكن لمثل هذا النص وجود فى الدساتير السابقة — أن مبادىء الشريعة مصدر رئيس للتشريع ، وعدل هذا النص ضمن التعديلات الدستورية التى استفتى عليها الشعب المصرى فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ فأصبح « مبادىء الشريعة الاسلامية هى المصدر الرئيس للتشريع » (١) ونجد نصوصا قريبة من ذلك المعنى فى دساتير كل من الكويت (دستور ١٩٦٢) ، سوريا (دستور ١٩٧٣) ، العراق (دستور ١٩٦٤) ، الصومال (دستور ١٩٦٠) . كما تضمنت دساتير بعض الدول الاسلامية على أحكام شبيهة منها : دستور أندونسيا الصادر عام ١٩٥٦، دستور باكستان الصادر عام ١٩٧٣ ... الخ .

---

(١) اصدر مجلس الشعب فى ١٧ ديسمبر ١٩٧٨ قرارا بتشكيل لجنة خاصة لتقنين أحكام الشريعة الاسلامية برئاسة الأستاذ الدكتور صوفى أبو طالب رئيس المجلس وعضوية عدد من أعضاء المجلس وصفوة من علماء الأزهر الشريف واساتذة القانون بالجامعات ورجال القضاء وغيرهم . وأنجزت اللجنة عملها وعرضت على المجلس فى أول يوليه سنة ١٩٨٢ مشروعات القوانين التى أعدتها وتمت مراجعتها ، وهى قانون المعاملات المدنية ويقع فى ١١٣٦ مادة ، وقانون العقوبات والاجراءات الجنائية ويقع فى ٦٣٠ مادة ، والقانون التجارى ويقع فى ٧٦٧ مادة ، وقانون الاثبات ويقع فى ١٨١ مادة . وصاحب كل مشروع من هذه المشروعات المذكرة الايضاحية الخاصة به موضحا بها المصدر الشرعى الذى نقلت عنه والآراء الفقهية التى قيلت بصدد كل موضوع وأسباب ترجيح أحداها (مضبطة مجلس الشعب رقم ٦١ فى ٢٠ يونية سنة ١٩٨٢) . وأحيلت هذه المشروعات فى اول يوليه ١٩٨٢ الى اللجنة التشريعية بمجلس الشعب

=

وهذه النصوص وأشباهها فى دساتير البلاد العربية والاسلامية لاتعنى الغاء القوانين القائمة بل تظل مطبقة حتى يتم تعديلها لأنهـا لا تخاطب السلطة القضائية بل هى تخاطب السلطتين التشريعية والتنفيذية وتلزمهما بأمرين : احدهما التزام المشرع فيما يصدره من تشريعات جديدة بعـد تاريخ العمل بالنصوص الدستورية سالفة الذكر بالرجوع الى الشريعة ليستمد منها أحكامه فان لم يجد فيها بغيته يستطيع أن يلجأ الى غيرها بشرط أن يقتبس الأحكام التى تتفق مع مبادىء الشريعة (١) • وثانيهما اعادة النظر فى القوانين الصادرة قبل العمـل بالنصوص الدسـتورية وتعديلها بما يجعلها متفقة مع مبادىء الشريعة • وقد شكلت بالفعـل عدة لجان فى سائر البلاد العربية ـ ومنها مصر على ما أوضحنا •

خطة الدراسة : فى ضوء ما تقدم نستطيع أن نحدد خطة الدراسة على الوجه الآتى :

لمناقشتها واعداد تقرير عنها يعرض على المجلس تمهيدا لاصدارها . ولم تنته اللجنة التشريعية بمجلس الشعب من عملها بعد . وهذه المشروعات هى التى سنشير اليها فى هذا البحث باسم مشروعات مجلس الشعب .

مضبطة مجلس الشعب رقم ٧٠ بجلسة أول يوليه ١٩٨٢ .

كما انتهت لجنة تقنين قانون المرافعات من عملها فى أكتوبر ١٩٨٦ ، ويقع هذا القانون فى ٥١٩ مادة .

(١) وهو ما قضت به المحكمة الدستورية العيا فى مصر فى حكمها الصادر بتاريخ ٤ مايو ١٩٨٥ (منشور فى الجريدة الرسمية ، عدد ٢٠ فى ١٦ مايو ١٩٨٥ فى خصوص الفـوائد التأخيرية اذ قالت ان الـزام المشرع باتخاذ الشريعة المصدر الرئيسى للتشريع « لا ينصرف سوى الى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه الالزام بحيث اذا انطوى اى منها على ما يتعارض مع مبادىء الشريعة الاسـلامية يكون قـد وقع فى حومة المخالفة الدستورية أما التشريعا السابقة على ذلك التاريخ فلا يتاتى انفاذ حكم الالزام المشار اليه بالنسبة لها .. وانما يلقى على عاتق المشرع من الناحية السياسية المبادرة الى تنقية نصوص هذه التشريعات من اية مخالفة لمبادىء الشريعة » .

نخصص الباب الأول لدراسة مصادر الشريعة الاسلامية ووسائل تطورها ، وهى دراسة موجزة تهدف فى المقام الأول الى بيان أساليب تطور الشريعة بدور ولى الأمر فى حمل الناس على أمر معين . وندرس فى الباب الثانى تلاقى الشريعة الاسلامية مع القانون الرومانى بعد فتح البلاد التى كانت خاضعة لنفوذ روما حتى تتبين خصائص الشريعة بالمقارنة بالشرائع العالمية الأخرى وخاصة القانون الرومانى . وندرس فى الباب الثالث الوضع القانونى للأقليات الدينية داخل الدول الاسلامية ونختتم الدراسة بباب عن مزاحمة القوانين الأوربية للشريعة فى حكم البلاد العربية منذ القرن التاسع عشر ، حيث نتتبع حركة التقنين الحديثة فى البلاد العربية وأهمية الشريعة الاسلامية بالنسبة للقانون العربى الموحد وكيفية اعمال النصوص الدستورية الجديدة التى تقضى باعتبار الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع .

الباب الاول

مصادر الشريعة وتطورها

(الأدلة الشرعية)

مبحث تمهيدى

التعريف بالفقة الاسلامي ومصادره

مدلول الشريعة الاسلامية والفقة الاسلامي (١) : يراد بالشريعة الاسلامية ما شرعه الله لعباده المسلمين من أحكام (٢) سواء كانت هذه الأحكام متعلقة بالعقيدة أم بالأخلاق أم بتنظيم ما يصدر عن النـاس من أقوال وأفعال وتصرفات . والأحكام الخاصة بالعقيدة تدور حول الايمان بالله وكتبه ورسله والدار الآخرة .. الخ وهذه الموضوعات أفرد لها المسلمون علما خاصا بها هو « علم الكلام » (٣) أو « علم

---

(١) يقصد بالفقه فى اللغة . العلم والفهم ، فيقال فلان يفقه الخير والشر أى يعلمه ويفهمه .

(٢) يقصد بالحكم الشرعي : خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين من طلب أو تخير أو وضع ، أى ما يصدر عن الشارع من أوامر لتنظيم حياتهم الاجتماعية وعلاقتهم ببعضهم وتحديد آثار أعمالهم وتصرفاتهم .

وخطاب الشارع سالف الذكر يتنوع أثره الى خمسة أنواع : الوجوب (الحل) ، الحظر (الحرمة) ، الندب ، الكراهية ، الاباحة . ولذلك يمكن تشبيه الحكم الشرعى بما يعرف عند رجال القانون بالقاعدة القانونية كما يمكن تشبيه تعبير المكلف بتعبير المواطن حسب المصطلحات السياسية المعاصرة من بعض الوجوه — والمكلف فى الفقه الاسلامى هو كل فرد ذكر أو أنثى .

(٣) يسمى بعلم الكلام لانه من العلوم التى تعلم وتعلم بالكلام . وقد ظهر فى أواخر القرن الاول الهجرى للرد على ماروجه بعض اهل الديانات الأخرى بعد اعتناقهم الاسلام من أفكار حول الخالق والميعاد وحشر الارواح والقدر .. الخ اخذوها من معتقداتهم السابقة على اسلامهم . انظر ، كرد على الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ١٨ .

التوحيد » . أما الأحكام المتعلقة بالأخلاق مثل تهذيب النفس وما يجب أن يكون عليه الانسان فى علاقاته الاجتماعية والمثل العليا التى يجب أن يتحلى بها ... الخ فتدخل فيما يعرف عندهم باسم « الآداب » أى علم الأخلاق . أما مجموعة الأحكام الشرعيــة العملية التى تنظم أفعــال المكلفين وأقوالهم وتصرفاتهم فقد خصوها بتعبير « الفقه » . ويبين من ذلك أن الفقه أخص من الشريعة ، وهو بهذا المعنى الخاص يشابه الى حد كبير مصطلح القانون فى العصر الحديث .

ويستعمل العلماء المسلمون تعبير « الدين » (١) أو « الملة » كتعبير

---

(٤) يجب الا نخلط بين معنى الدين لدى الفقهاء المسلمين ومعناه فى البلاد الاوروبية
فالأوربيون يفصلون بين الدين والدولة تطبيقا لتعاليم المسيحية ، عملا بقول المسيح عليه السلام : «ردوا ما لقيصر لقيصر وما لله لله ».أى يفصلون بين الناحية الروحية ومرجعها الكنيسـة والناحية الزمنية ومرجعها الدولة ، ذلك أن المسيحية اقتصرت علي الهداية الروحية والاخلاقية ولم تتعرض لتنظيم النشاط الدنيوى للانسان بل تركته للدولة . ومن هنا اقتصر العلم بالدين ونشره على طائفة من الناس هم رجال الدين يحكمهم نظام خاص ســواء فى تعيينهم وطـرق معيشتهم وملبسـهم وأداء رسـالتهم ، ويستاثرون وحدهم بحق تفسير الكتاب المقدس ، ويتمتعون بسلطة روحيه من اهم مظاهرها حقهم فى غفران الذنوب والحـرمان من رحمة الله تعالى .

أما الاسلام فهو دين ودولة فهو يضع تنظيما شاملا لكافة أوجه النشاط البشرى فى جوانبه الروحية والاخلاقية والمادية ولا يوجد فى الاسلام ـ باستثناء الشيعة ـ طبقة شبيهة بطبقة رجال الدين اذ لا كهنوت فى الاسلام ولا يجوز تشبيه المجتهدين برجال الدين المسيحى لأن المجتهدين لايكونون طبقة مقفلة ولا يتمتعون بسلطات روحيه ، لأن الاجتهاد وصف يطلق على المتخصصين فى الشريعة وكل من تتوافر فيه شروط الاجتهاد يستطيع تفسير احكام الشريعة بصرف النظر عن اصله وجنسه ... الخ ومن ثم لا يجوز استعمال تعبير رجال الدين بمفهومه الاوربى للدلالة على علماء الشريعة . وهذه النظرة الشمولية فى الاسلام هى التى دفعت الفقهـاء المسلمين الى استعمال تعبير الشريعة أو الدين أو الملة كتعبيرات مرادفة للدلالة على معنى واحد هو ما شرعه الله لعباده المسلمين من احكام سواء ما تعلق منها بالعقيدة ، أم بالأخلاق ، أم بالفقه (عبادات ومعاملات) .

انظر فى الفارق بين الدين فى الاسلام والمسيحية ، عبد الحميد متولى : التشريع الاسلامى والنظم القانونية الوضعية ، القاهرة . ١٩٧٨ ، ص ٢٩ وما بعدها . وأنظر فى الشريعة بمعنى الدين ، محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، القاهرة ، ١٩٥٤ ، ص ١٠ .

مرادف للشريعة ، وذلك يرجع الى أن الاسلام تنظيم شامل لكل أمور الحياة الدنيوية والأخروية . والشريعة بمعنى الدين بصفة عامة ، استوحاه الفقهاء من قوله تعالى (سورة الجاثية : ١٨) « ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها » ، وهذا فى مقابلة الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية .

ويجب أن نلاحظ أن تعبير الفقه كان يطلق فى بادىء الأمر — قبل ظهور المذاهب الاسلامية الكبرى — على العلم بجميع الأحكام الشرعية. ومعرفتها معرفة تفصيلية مستمدة من القرآن والسنة وغيرهما من الأدلة الشرعية ، سواء ما كان منها متعلقا بالعقائد أم بالأخلاق أم بأفعال المكلفين . ثم تخصص هذا التعميم بعد ظهور المذاهب الاسلامية فاقتصر مدلول الفقه على معرفة وفهم جانب من الأحكام الشرعية ، وهى الأحكام الشرعية العملية التى تخص أفعال المكلفين ، وبذلك تخرج أحكام العقائد والأخلاق . وبذلك أصبح المعنى الاصطلاحى للفقه — كما يقول الشريف الجورجانى « العلم بالأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية ، وهو علم مستنبط بالرأى والاجتهاد ويحتاج فيه الى النظر والتأمل » (١) .

ثم أصبح تعبير الفقه ينصرف ليس فقط الى المعرفة بالأحكام الشرعية العملية بل الى هذه الأحكام نفسها . فمنذ أن وضع الامام الشافعى رسالته فى أصول الفقه ، جرى التمييز بين أصول الفقه وفروع الفقه . فالأصول تعنى ببحث أدلة الأحكام الشرعية وطرق استنباط الأحكام منها . ويقصد بالفروع الأحكام الشرعية العملية التى تخص أفعال المكلفين من حل وحرمة ... الخ وما يلحق تصرفاتهم القانونية من بطلان أو فساد أو صحة ... الخ وحينما يطلق تعبير الفقه دون وصف فانه ينصرف الى علم الفروع هذا . والفقه بهذا المعنى الأخير يشمل نوعين من

(١) انظر : محمد يوسف ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص — ١٠ ، محمد سلام مدكور : الفقه الاسلامى القاهرة ١٩٦٩ ، ص ٩ و ص ٣٥ — ٣٦ ، مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهى العام ، دمشق ١٩٦١ ، ص ٢٤ — ٢٥ . والمراجع الشرعية المشار اليها فى هذه الكتب .

الأحكام : أحكام خاصة بعلاقة الفرد بربه ، وتسمى العبادات ، وأحكام خاصة بعلاقة الناس ببعضهم وتسمى المعاملات .

ويبين من ذلك أن الشريعة أعم بكثير من الفقه . وقصر مدلول الفقه على المعنى الخاص سالف الذكر لم يحدث الا بعد ظهور المذاهب الكبرى وهو المعنى السائد حتى الآن . وفي بعض الأحيان يطلق تعبير الشريعة للدلالة على الفقه ، وهذا من قبيل اطلاق العام ويراد به الخاص (١) .

الفقهاء : حينما ظهر الاسلام كان يطلق على هؤلاء الذين يستخرجون الأحكام الشرعية من الكتاب والسنة تعبير « القراء » تمييزا لهم عن الأميين ، وهم الكثرة الساحقة ، الذين كانوا لا يستطيعون قراءة القرآن. ولما تراجعت الأمية وأصبح الفقه صناعة وعلما بعد مضى فترة من صدر الاسلام أطلق على هؤلاء تعبير الفقهاء أو العلماء . وظلت القراءة والفقه والتفسير والحديث علما واخذوا فى صدر الاسلام يقابلون بينه وبين علم الكلام الذى اختص بشئون العقيدة ، ومع الزمن أصبح كل من الفقه والحديث والتفسير علما مستقلا قائما بذاته (٢) .

---

(٢) وعلى ذلك لا فرق فى المعنى بين النصوص الدستورية التى تستخدم تعبير مبادىء الشريعة كمصدر للتشريع (مثل الدستور المصرى) وتلك التى تستعمل تعبير الفقه الاسلامى (مثل الدستور السورى) فهى تعنى فى الحالين الأحكام الشرعية العملية .

(٢) انظر ، كرد على : الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ٧ .

ويقول ابن خلدون فى مقدمته بعد أن عرف الفقه واسباب اختلاف الفقهاء وطرقهم فى استخراج الاحكام من الأدلة الشرعية « وانما كان ذلك مختصا بالحاملين للقرآن العارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه وسائر دلالته بما تلقوه من النبى صلى الله عليه وسلم او ممن سمعه منهم من عليتهم ، وكانوا يسمون لذلك القراء اى الذين يقروؤن الكاب ، لأن العرب كانوا أمة أمية ، فاختص من كان منهم قارئا للكتاب بهذا الاسم لغرابته يومئذ . وبقى الأمر كذلك صدر الملة . ثم عظمت أمصار الاسلام وذهبت الامية من العرب بممارسة الكتابة وتمكن الاستنباط ، وكمل الفقه وأصبح صناعة وعلما ، فبدلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء ، وانقسم الفقه فيهم الى طريقتين : طريقة أهل الراى والقياس وهم اهل العراق وطريقة أهل الحديث ، وهم اهل الحجاز » .

أقسام الفقه الاسلامى وفروعه : لم يعن الفقهاء المسلمون بتقسيم الفقه وبيان فروعه ، غير أن بعضهم تعرض لبيان بعض أقسامه وفروعه ، فابن عابدين (من أشهر متأخرى فقهاء الحنفية ، وتوفى عام ١٢٥٢ هـ .) ذكر فى حاشيته أن مدار أمور الدين على الاعتقادات ، الآداب (يعنى الأخلاق) ، العبادات ، والمعاملات ، العقوبات ، والأولان ليسا من الفقه . والعبادات — وهى غير المقصودة بالعقائد التى تدخل فى علم الكلام — تشمل الصلاة والزكاة والصوم والحج والجهاد . أما المعاملات فتشمل : المعاوضات المالية والأمانات (مثل الوديعة والعارية) والزواج وما يتصل به والمخاصمات (أى نظام التقاضى وما يتصل به) ، والتركات وأخيرا العقوبات . أما الشافعية فقسموا الفقه الى أربعة فروع : العبادات ، المعاملات ، العقوبات ، الزواج .

وأيا ما كان الأمر فالفقهاء مجمعون على أن الفقه ينقسم الى قسمين كبيرين : العبادات والمعاملات ، ويندرج تحت كل واحد منهما عدة أبواب وفروع . وقد تتداخل أبواب وفروع هذين القسمين تبعا لوجهة نظر الفقية والمذهب الذى ينتمى اليه (١) .

= هو عبد الرحمن بن خلدون . ولد فى تونس عام ٧٣٢ هـ (١٣٣٢ م .) وتولى عدة وظائف ديوانية وسياسية بالمغرب ووظائف التدريس والقضاء بمصر حيث توفى عام ٨٠٨ (١٤٠٦ م) ودفن بها وترك عدة مؤلفات أهمها المقدمة .

—

وقد طبعت مقدمة ابن خلدون عدة طبعات ، والطبعة التى رجعنا اليها فى هذه الدراسة هى طبعة لجنة البيان العربى التى قام بتحقيقها ونشرها الدكتور على عبد الواحد وافى وتقع فى ص ١٠١٣ صفحة .

(١) لانجد لدى الفقهاء المسلمين تقسيما شبيها بالتقسيم اللاتينى (الرومانى) الى قانون عام وقانون خاص ، ولذلك لم تحظ نظم الحكم وغيرها مما يدخل فى القانون العام بعناية الفقهاء الا فى عهود متأخرة . وعلل الباحثون المحدثون ذلك بأن الفقهاء تجنبوا الخوض فى هذه الموضوعات خوفا من الاصطدام بالسلطة . وهذا القول فيه بعض المبالغة فبعض الفقهاء — فى كل العصور — لم يتورعوا عن انتقاد مسلك الحكام اذا جادوا عن جادة الصواب : منهم الحسن البصرى وسعيد بن المسيب فى العصر الاموى ،

ويتضح مما تقدم أن فروع الفقه الاسلامى شاملة لأمور الدين والدنيا كما أن الشريعة الاسلامية تقوم على تنظيم شامل لكافة أوجه النشاط البشرى فى جوانبه الروحية والأخلاقية والمادية •

وقد عنى علماء الشريعة المحدثون ببيان ما يقابل فروع القانون — حسب تقسيماته الحديثة — من أبواب الفقه (١) •

تعدد الادلة (٢) : تسمى مصادر الشريعة الاسلامية عند علماء الشريعة

ومنهم أبوحنيفة ومالك وأحمد بن حنبل فى العصر العباسى ومنهم العز بن عبد السلام وغيره فى العصر العثمانى .. الخ .

وواقع الامر ان أكثر العلوم الاسلامية ظلت تروى شفاهة طيلة العصر الاموى ولم يلحقها التدريين الا فى العصر العباسى ، عصر النهضة العلمية والتدوين . واول من عالج نظم الحكم وكتب فيها هم علماء الشيعة منذ أواخر القرن الاول وقد عالجوها فى باب الامامة فى علم الكلام باعتبار أن الامامة عندهم ركن فى الدين . وهم الذين وضعوا سائر المصطلحات العلمية للامامة ومنهاج بحثها . وسار على سنتهم ونهجهم سائر علماء الفرق الاخرى وكان علماء المتزلة والخوارج من أوائل من تصدى لرأى الشيعة بالمناقشة والرد عليهم . غير أن كثير مما كتبوه لم يصل الينا أما أهل السنة فقد كرهوا مناقشة موضوعات علم الكلام وانصرفوا كلية الى الفقه ، واكتفوا فى خصوص الامامة بجمع الاحاديث التى تتعلق بها وأفردوا لها أبوابا خاصة فى كتب الحديث . وأول من عالج نظم الحكم فى صورة علمية فى كتب الفقه من علماء أهل السنة هو الامام الشافعى (توفى عام ٢٠٤ هـ) على ما رواه ابن النديم (توفى عام ٣٨٥) . ومنذ ذلك الوقت اصبحت الامامة أحد أبواب الفقه فصلا عن معالجتها فى علم الكلام . وشهد القرن الخامس وما بعده كتابات مستفيضة فى صورة علمية منظمة عن نظم الحكم والادارة . ومن أشهر هؤلاء علماء أهل السنة : الماوردى (توفى عام ٤٥٠) ، ابو يعلى (توفى عام ٤٥٨) ، ابن حزم (توفى عام ٤٥٦) ، الغزالى (توفى عام ٥٠٥) ، ابن خلدون (توفى عام ٨٠٨) .

ونلاحظ من ناحية اخرى ان دراسة نظم القانون العام لم تزدهر فى أوروبا الا فى عصر النهضة مع المد الديمقراطى .

(١) أنظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٠٣ .

(٢) جرى الفقهاء القدامى على استعمال تعبير الادلة ، اما المعاصرون فيستعملون تعبير المصادر والادلة كمترادفين . والواقع ان الادلة اوسع نطاقا من المصادر ، فهذه الاخيرة تقتصر فى حقيقتها على الكتاب والسنة والاجماع والعرف ، اما ما عداها مثل القياس والاستحسان والمصلحة المرسلة فهى ادلة عقلية او مصادر تفسيرية بالمفهوم المعاصر .

باسم الأدلة الشرعية أو الأصول ، وهو تعبير أوسع من تعبير المصـادر لأنه يشتمل على المصادر ووسائل الاستدلال العقلية مثل القياس ، وبحث هذه الأدلة وطرق استخراج الأحكام يدخل فيما اطلقوا عليه علم أصول الفقه ،و سمى كذلك تمييزا له عن علم الفروع ، أى علم الفقه الذى يبحث فى الأحكام الفرعيَة المكتسبة من أدلتها الشرعية .

وقد اختلفت آراء علماء أصول الفقه حول بيان هـذه المصـادر (الأدلة) ، فلا خلاف بينهم حول الكتاب باعتباره المصدر الأول ، وفئة شاذة منهم تقتصر عليه ، ولكن الكثرة الغالبة منهم مجمعة على الأخذ بأربعة أدلة هى على الترتيب الأتى : الكتاب ، السنة ، الاجماع ، القياس . وتوصف هذه الأدلة بأنها الأدلة الأساسية . وبجانبها توجد عدة أدلة متفرعة عنها وتابعة لها أهمها : الأستحسان ، الأستصلاح (المصـالح المرسلة) . العرف ... الخ ولذلك تسمى الأدلة التبعية ، وقد اختلف الرأى بشأنها . ويطلقون على الكتاب والسنة والاجماع المصادر النقلية ويطلقون على بقية المصادر الأدلة العقلية . والأدلة النقلية تختلف مراتبها فيما بينها فالكتاب يحتل المرتبة الأولى والسنة تحتل المرتبة الثانية ويأتى الاجماع فى المرتبة الثالثة . اما الأدلة العقلية كلها فتأتى فى المرتبة الرابعة دون تفضيل بينها . ومن ناحية أخرى يميز العلماء بين النص والاجتهاد ، والأول يقتصر على الكتاب والسنة أما الاجتهاد فتندرج تحته كل الادلة الأخرى من اجماع وقياس ... الخ ونستطيع اجمال مواقف المذاهب المختلفة من الأدلة على الوجه الآتى :

فأهل الظاهر (الظاهرية) يقصرون المصادر على ثلاثة : الكتاب والسنة والاجماع ، والشافعية يزيدون مصدرين آخرين : القياس والاستصحاب. والحنفية يضيفون الى هذه المصادر الخمسة الأستحسان والعرف . أما الحنابلة فيضيفون الى هذه الأدلة الخمس المصالح وسـد الذرائع . والمالكية تتعدد لديهم الأدلة فتصل عشرا على الترتيب الآتى : — القرآن، السنة ، الاجماع ، عمل أهل المدينة ، القياس ، الاستحسان ، المصـالح المرسلة ، الذرائع ، العرف ، الأستصحاب .

وهذا الأختلاف لايمتد الى العقيدة الاسلامية ذاتها بل ينحصر فى أساليب الأستدلال ، فالشافعى ينكر الأستحسان ، وقد يصل الى ذات النتيجة التى يصل اليها القائلون به ولكن عن طريق دليل آخر قد يكون القياس أو الاستصحاب . والمالكية قد يصلون عن طريق المصالح المرسلة الى ذات النتيجة التى توصل اليها الحنفية عن طريق الاستحسان وهكذا . وذلك يرجع فى الواقع الى أن الشريعة الاسلامية مصدرها الأساسى هو الارادة الالهية بطريق مباشر فى القرآن الكريم وبطريق غير مباشر فى السنة ، أما بقية المصادر فهى طرق استدلال للكشف عما ورد فى الكتاب والسنة أو استلهام روحهما وما ورد فيهما من مبادىء عامة (١) . ولهذا السبب — كما سنرى — تقاربت مناهج البحث وطرق الاستنباط بين المذاهب المختلفة ، فهى كلها تأخذ بمنهاج تحليل النص ان وجد ، والمنهاج الاستقرائى عند غياب النص ، ولذلك اقتصر الخلاف على المسائل التفصيلية والجزئية .

وانحصرت مصادر الشريعة فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام فى الوحى الالهى (الكتاب والسنة) . وبعد وفاته ظهر مصدر جديد هو الاجتهاد أو الرأى ومن أهم تطبيقاته فى عهد الخفاء الراشدين والامويين الاجماع ، القياس . وفى عصر ازدهار الفقه والتدوين خلال العصر العباسى ظهرت مصادر اجتهادية جديدة أهمها الاستحسان ، المصالح المرسلة ، العرف ... الخ . والاجتهاد متمم للمصدر الأول وتابع له ومتفرع منه ، وهو مبنى على العقل والمنطق والعدل ، وبذلك ظهر التمييز بين الدليل (المصدر) النقلى أو النص ، وهو الأصل ، والدليل (المصدر) العقلى أو الاجتهاد (الاجتهادى) ولما كان الدليل العقلى (الاجتهادى) تابعا للدليل النقلى كان أدنى منه مرتبة ، ومن ثم لا يجوز للدليل العقلى (الاجتهاد) مخالفة الدليل النقلى ، وهو ما يعبر عنه بقاعدة أصولية « الدليل لا ينسخه الا دليل من مرتبته أو أعلى منه » . وفى عصر لاحق (عصر التقليد) ظهر مصدر

---

(١) انظر : محمد أبو زهرة : محاضرات فى مصادر الفقه الاسلامى ، الكتاب والسنة . القاهرة . ١٩٥٦ . ص ٩ — ١٠ .

ثالث وهو مصدر تكميلى للمصدرين السابقين ، وهو القوانين الصادرة من الخلفاء والولاة عملا بمبدأ السياسة الشرعية . وأهمية المصدرين الأخيرين ودورهما فى تطور الفقه اختلف باختلاف العصور فضلا عن أن دورهما ينحصر فى الكشف عن الأحكام الواردة فى المصدر الأول دون مخالفتها .

سنعرض بايجاز لهذه المصادر (الأدلة) النقلية والاجتهادية وتشريعات ولى الأمر كل فى موضعه تبعا لوقت ظهوره خلال الادوار المختلفة التى مر بها الفقه الاسلامى ، وهى دور النشأه (عصر النبوة) ، دور تأسيس الفقه (عصر الصحابة والتابعين) دور النضج والكمال (عصر المذاهب الكبرى) وأخيرا دور التقليد . وسنخصص فصلا لكل دور من هذه الأدوار .

ادوار الفقه الاسلامى : يقسم العلماء [1] . التطورات التى مر بها الفقه الاسلامى الى عدة أدوار تبعا للمعيار الذى اتخذه الباحث أساسا للتقسيم . وقد اخذنا التقسيم الذى يميز بين أربعة أدوار هى : ١ — دور النشأة ، ويشمل عصر النبوة ، ويبدأ ببداية الرسالة (٦١٠ م) وينتهى بوفاة الرسول صلى الله عليه وسلم (عام ١١ هـ — ٦٣٢ م) .

٢ — دور تاسيس الفقه الاسلامى ، ويبدأ بوفاة الرسول حتى سقوط الدولة الأموية (١٣٢ هـ — ٧٥٠ م) . ويشمل من الناحية السياسية عصر الخلفاء الراشدين (١١ — ٤١ هـ ٦٣٢ — ٦٦١ م) وعصر الدولة الأموية (٤١ — هـ ١٣٢ هـ ، ٦٦١ م — ٧٥٠ م) . أما الناحية الفقهية فهو يضم عصر الصحابة والتابعين وتابعى التابعين .

٣ — دور النضج والكمال ، ويبدأ بقيام الدولة العباسية (١٣٢ هـ — ٧٥٠ م) وينتهى بقفل باب الاجتهاد فى أواخر الرابع الهجرى . وهو

---

(١) انظر فى هذه التقسيمات ، الخضرى تاريخ التشريع ، ص ٣ — ٤ ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨ — ١٩ .

يمثل العصر الذهبى للفقه الاسلامى ، وفيه تم تدوين الحديث والفقه وظهرت المذاهب الاسلامية الكبرى •

٤ ــ دور التقليد ، ويبدأ بقفل باب الاجتهاد فى أواخر القرن الرابع الهجرى ومازال مستمرا حتى الآن،يمثل هذا العصر ــ من الناحية السياسية ــ تجزئة الدولة الاسلامية وتفككها وانتقال السلطة وصدارة المجتمع الى عناصر غير عربية من فرس وأتراك انتهت بسقوط بغداد فى أيدى التتار عام ٦٥٦ هـ ــ ١٢٥٨ م وانتقال الخلافة العباسية الى القاهرة فى كنف المماليك حتى فتح العثمانيون مصر (٩٢٣ هـ ــ ١٥١٧) وأصبحت جزءا من الدولة العثمانية الذين سيطروا على العالم الاسلامى باسم الخلافة الاسلامية من قبل ذلك التاريخ وتلقبوا بلقب الخليفة منذ عهد السلطان مراد عام ١٣٥٩ م • وانتهى الأمر بالغاء الخلافة الاسلامية فى تركيا عام ١٣٤٢ هـ ــ ١٩٢٤ م • وفى عصر التقليد خيم الجمود والتأخر على حياة العالم الاسلامى فى النواحى الاجتماعية والاقتصادية ، وتفشى التعصب المذهبى وجمدت الملكات الفقهية •

تقسيم : سنخصص فصلا لدراسة الادلة فى كل دور من هذه الأدوار الأربعة • ولما كان تطور الفقه قد تأثر بالأحوال السياسية والاجتماعية والاقتصادية فلا مناص من التعرض بايجاز لهذه الأحوال فى كل دور من أدوار تطور الفقه قبل الكلام عن الأدلة ذاتها •

الفصل الأول

دور النشأة (عصر النبوة)

جاء الاسلام بدين جديد على العرب وعلى العالم كله ؛ ولم تقتصر رسالة الاسلام على ناحية الهداية الروحية ــ كما فعلت المسيحية من قبل ــ بل نظم أيضا سائر أوجه نشاط الانسان فى حياته الدنيوية . ولذلك ألغى بعض ما ألفه العرب من عادات وتقاليد فى تنظيم الأسرة وفى المعاملات بين الأفراد وفى العلاقات الدولية ، واستبقى منها ما كان متفقا مع مبادىء الرسالة الاسلامية ، كما جاء بأفكار جديدة ومبادىء جديدة لم يألفها العرب ، بل والعالم كله ، من قبل .

وفى هذا الدور ــ انحصرت مصادر التشريع فى القرآن والسنة اللذان وضعا حجر الأساس للتشريع الاسلامى فى صورة مبادىء عامة وقواعد أساسية ، ومنها استنبط المجتهدون فى العصور التالية الأحكام التفصيلية التى تكون من مجموعها أحكام الشريعة الاسلامية سواء فى ذلك التنظيم الاجتماعى والاقتصادى ، نظام الحكم ، أحكام العبادات والمعاملات . وتنفيذ هذه الأحكام والمبادىء اقتضى وجود تنظيم سياسى يكفل احترامها وتنفيذها فقامت دولة الاسلام فى يثرب (سميت المدينة فيما بعد) التى أخذت بالتدريج تنمو وتكبر مساحتها ويقوى سلطانها .

وفى هذا العصر أجتمعت كل سلطات الدولة من تشريعية وتنفيذية وقضائية فى يد الرسول بصفته نبيا .

تقسيم : سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نعرض فى أولها لتأسيس الدولة الاسلامية ، ونخصص الثانى لدراسة عن القرآن الكريم أما الثالث فنخصصه للسنة . ونمهد لذلك بمبحث تمهيدى عن حالة العرب قبل الاسلام .

مبحث تمهيدى
حالة العرب فى الجاهلية

الحالة الاجتماعية والدينية والاقتصادية : استوطن الجزيرة العربية – منذ القدم – مجموعة من القبائل تتفاوت درجات تقدمها الاقتصادى والاجتماعى تبعا لتباين ظروفها المعيشية ، ولكنهم جميعا كانوا فى وضع أدنى مما كانت عليه الشعوب الأخرى المجاورة لهم . ورغم انقسامهم الى قبائل مختلفة – متحاربة أحيانا متحابة ومتآخية أحيانا أخرى – الا أنهم كانوا يشتركون جميعا فى عدة عناصر منها اللغة ، طرق المعيشة والتفكير – على درجات متفاوتة – وأهمها اعتقادهم جميعا أنهم انحدروا من صلب جد واحد مشترك ثم تفرعوا الى سلالتين متميزتين : عرب الشمال وعرب الجنوب (١) .

وينقسم عرب الجاهلية – من حيث طرق معيشتهم – الى بدو و حضر . والبدو يكونون الكثرة الغالبة من السكان . وهم ينقسمون الى عدة قبائل رحل يعيشون على الرعى فى صورته البدائية . أما الحضر فيعيشون فى المدن التى نشأت فى الجزيرة العربية (مثل صنعاء فى الجنوب ومكة والطائف فى الشمال) ، ويعتمدون فى حياتهم على الزراعة – حيث توجد

---

(١) ينقسم سكان الجزيرة العربية – حسبما ورد فى سفر التكوين فى التوراة الى قسمين كبيرين عرب الشمال وعرب الجنوب : متنافسين أحيانا بل متحاربين فى بعض الفترات . وعرب الشمال يوصفون أيضا بأنهم عرب « متعربة » ولغتهم مختلفة عن لغة أهل الجنوب ، وكانوا أهل بداوة وأكثر اتصالا باللغة العبرية واللغة النبطية . وعرب الشمال ينتسبون الى اسماعيل بن ابراهيم عليهما السلام : ويطلق عليهم « العدنانيين » أو « المعديين » . واليهم تنتسب « قريش » ومعظمهم يقطن نجد والحجاز . أما عرب الجنوب فيوصفون بأنهم العرب العرباء أو العاربة ، وهم أكثر اتصالا باللغتين الحبشية والاكادية . وهم اهل حضارة ومعظمهم يسكن فى اليمن وحضرموت وعمان وشمال الحجاز وبادية الشام . وهم ينتسبون الى قحطان ويسمون ايضا اليمنيين . واليهم ينتمى الغساسنة واللخميون فى الحيرة والأوس والخزرج فى يثرب .

أنظر فى تفصيل ذلك : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٧ وما بعدها .

مصادر المياه (١) ، وعلى التجارة (٢) . وتدل الكشوف الأثرية التى تمت فى القرن الماضى على أن هؤلاء الحضر وصلوا الى درجة لا بأس بها من الحضارة ، منذ الألف السابقة على الميلاد ، مما استتبع وجود تنظيم قانونى للأسرة والملكية والعقوبات ... الخ .

أما من الناحية الدينية فقد كان معظم العرب من الوثنيين حيث

---

(١) لا يوجد بالجزيرة العربية انهار دائمة الجريان بل بعض أودية يجرى فيها الماء حينا ويجف أحيانا . ومعظم ارض الجزيرة صحراء قاحلة قليلة السكان ، وهى تقع فى وسطها وتنقسم الى ثلاثة انواع متباينة : فى الشمال توجد « بادية السماوة » وهى ما تسمى الآن « صحراء النفود » ، والى الجنوب منها توجد ما يسمى الان الربع الخالى وهى تمتد شرقا حتى الخليج العربى ، وتتاخم من الناحية الجنوبية اليمن وحضر موت . أما القسم الثالث من الصحراء فيسمى الحرات (جمع حرة اى أرض ذات حجارة سوداء نخرة كأنها احرقت بالنار) وهى تمتد من شرقى جوران حتى المدينة المنورة . وفيما عدا الصحراء نجد بمحاذاة شاطىء البحر الاحمر ارضا منخفضة على طول الشاطىء وتسمى « تهامة » ، والى الشرق منها نجد « الحجاز » الذى يمتد من أيلة (العقبة) فى الشمال حتى اليمن فى الجنوب ، وهو عبارة عن سلسلة من الجبال تفصل ما بين « تهامة » فى الغرب و « نجد » فى الشرق ، وهو يقع على طريق التجارة القديم الذى يربط اليمين بالشمال . واشهر مدنه مكة والطائف ويثرب (المدينة) وخيبر أما « نجد » فهو مرتفع فسيح يمتد حتى صحراء البحرين . وفى الزاوية الجنوبية الغربية نجد « اليمن » الذى اشتهر فى الماضى بخصوبته وغناه وفى جنوبه الشرقى تقع مدينة « مأرب » حيث قامت مملكة « سبأ » وسد مأرب الشهير . ومن أشهر مدنه « صنعاء » و « عدن » و « نجران » . والمنطقة التى تعترض بين اليمن و « نجد » تسمى « اليمامة » كما تسمى أيضا العروض ، وهى تمتد شرقا حتى البحرين وتمتد غربا حتى الحجاز . وعلى الحدود بين تهامة واليمامة توجد « عكاظ » التى أشتهرت فى التاريخ وفى الزاوية الجنوبية الشرقية للجزيرة العربية توجد « عمان » وفى شماله الغربى تقع قطر والبحرين والكويت . وفيما بين اليمن وعمان توجد حضر موت ، والى الغرب منها حتى عمان توجد ظفار التى أشتهرت بالتوابل والبخور .

(٢) كانت الجزيرة العربية معبرا للتجارة بين الشرق الاقصى واوربا والشرق الاوسط . وكان يمر بها طريقان للتجارة يربطان المحيط الهندى بالشام . يبدأ احدهما من حضرموت وينمر بالبحرين ثم يصل الى صور بالشام . والطريق الثانى يبدأ من حضرموت ثم اليمن ويسير بمحاذاة ساحل البحر الاحمر حتى مكة ثم الشام .

انظر : احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ١٣ .

اعتقدت كل قبيلة أو عشيرة أو بطن من بطونها فى معبود تجسده فى شكل صنم أو وثن وخلافه مما اقتضى وجـود كاهن أو عراف لكل منهـا • وتأثرت المدن والامارات التى تدخل فى نفوذ الدول القوية المجـاورة بديانة هذه الدول • فظهرت المسيحية فى القرن الرابع الميلادى فى اليمن بعد خضوعه لحكم الأحباش المسيحيين ، كما اعتنقها ملوك الغسـاسنة الذين كانوا ضمن مناطق نفوذ الدولة الرومانية • وتأثر أبناء مملكة الحيرة التى خضعت لنفوذ الفرس بدياناتهم • كما ظهر اتباع للديانة اليهودية فى جنوب الجزيرة وفى المستعمرات التى أقامها اليهود فى تيماء ، فدك ، خيبر ، يثرب ، وادى القرى بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكلهم فى القدس (عام ٧٢ م) وطردهم نهائياً من فلسطين (عام ١٣٢ م •) • وكان عدد المسيحيين واليهود قليلا جدا بالمقارنة ببقية السكان من الوثنيين (١)•

النظام السياسى : اختلف التنظيم السياسى للعرب تبعا لحالة البداوة والتحضر • فالبدو انتظموا — من الناحية السياسية — فى قبائل ، يجمع بين أفرادها العصبية القبلية ؛ ويحتكمون لشيوخهم فيما ينشب بينهم من منازعات حيث يطبق ما يسـود لديهم من عادات وتقاليد • أما فى علاقاتهم بغير أبناء قبيلتهم فان الاغارة ونهب الممتلكات كانت عملا بطوليا (٢) •

أما الحضر فانهم انتظموا فى تنظيم سياسى أشبه ما يكون بالدولة فى العصر الحديث ، وأقاموا عدة دول أقدمها مملكة « معين » فى الجنوب بين نجران وحضر موت منذ الألف الثانية قبل الميلاد (٣) ، وفى الشمال

---

(١) انظر فى الديانات التى سادت الجزيرة العربية قبل الاسلام ، أحمد أمـين ، فجر الاسـلام • ص ٢٥ — ٢٩ مولوى حسينى • الادارة العربية ؛ ترجمة الدكتور ابراهيم العدوى ، القاهرة ، ١٩٥٨ ؛ ص ١٥ — ٢٠

(٢) انظر حسينى ؛ الادارة العربية ، ص ٢٣ — ٢٤ •

(٣) وتناوب حكمها عدد من الأسر الحاكمة اذ انتقلت العاصمة الى مأرب وبنى بها سد مأرب الشهير •، ومنذ عام ١١٥ ق •م حكمتها أسرة جديدة هى « حمير » وعرفت الدولة باسم مملكة سبأ • وفى القرن الرابع الميلادى احتل الاحباش هذه المملكة وتسربت اليها اليهودية والمسيحية ، وفى القرن السادس الميلادى خضعت لحكم الفرس ؛ وفى السنة السـادسة للهجرة اصبحت ولاية اسلامية •

ازدهرت مملكة الانباط — على طريق القوافل بين الشرق والغرب — وعاصمتها البتراء من القرن الثانى قبل الميلاد حتى فتحها الرومان عام ١٠٥م. كما ازدهرت فى الشمال أيضا مملكة واحة تدمير (بلميرا) من القـرن الأول قبل الميلاد حتى أواخر القرن الثالث الميلادى ، وهى تقع على طريق التجارة بين الشمال والجنوب وبين دولتى الرومان والفرس . وهاجرت احدى قبائل الجنوب ، قبيلة تنوخ ، وأسست — فى القرن الثانى الميلادى — امارة الحيرة غربى الفرات وخضعت لنفـوذ الفـرس . كما هاجرت قبيلة جنوبية أخرى الى الشمال وأسست امارة الغساسنة . وخضعت لنفوذ الرومان .

المبحث الاول

تاسيس الدولة الاسلامية

التمييز بين الفترة المكية والفترة المدنية : ولد النبى عليه الصلاة والسلام فى مكة عام ٥٧٠ م على الأرجح ، ولما بلغ الأربعين من عمره بدأت الرسـالة بنزول الوحى عليه . وظل قرابة ثلاث عشرة سنة بمكة ثم هاجر الى يثرب حتى انتقل الى الرفيق الأعلى (١١ هـ — ٦٣٢) .

وكان المسلمون فى مكة أقلية مستضعفة ومضطهده . ولم يشاركوا فى حكم دولة مكة الوثنية . ولذلك لم تتضمن الآيات القرآنية المكية ولا الأحاديث النبوية تنظيما للحكم ولا أحكاما لتنظيم المعاملات الا فى القليل النادر اذ اقتصرت على بيان أصول عقيدة الدين الجديد والدعوة الـى التوحيد ومبادىء الاخلاق القويمة وتهذيب النفوس وتسفيه العـرب ومعتقداتهم والمرزول من عاداتهم . فلما انتقل المسـلمون الى يثرب فى أعقاب هجرة الرسول وصحبه أسسوا دولة جديدة فى مدينة يثرب واصبحوا فى حاجة الى ما ينظم معاملاتهم وعلاقاتهم بالدول والشعوب الاخـرى فنزلت الآيات التى تضمنت هذه الأحكام وعرفت بآيات الأحكام ، وكذلك فعلت السنة . وبذلك اكتملت معالم الرسالة الاسلامية وتحددت طبيعة الاسلام كتنظيم شامل لامور الدين والدنيا معا ، واكتملت أركان دولـة الاسلام — اذا استعملنا المصطلحات الدستورية الحديثة ، من شعب ، هم

المهاجرون والأنصار أصحاب يثرب ومن يعيش معهم من اليهود وغيرهم ، واقليم يشمل ارض يثرب وما جاورها ، وتنظيم سياسى لسلطة الحكم مارسه الرسول عليه الصلاة والسلام وتنظيم قانونى متكامل مصدره العناية الالهية لشئون العبادة والمصالح الأخروية ولشئون الدنيا والمصالح الدنيوية ويتضح كل ذلك بجلاء من العهد الذى كتبه الرسول بينه وبين أهل يثرب فور الهجرة اليها ، وهذه الوثيقة تعرف بالصحيفة كما يسميها العلماء المحدثون دستور المدينة . وكانت بيعتى العقبة الأولى والثانية تمهيدا لاقامة الدولة الجديدة والمجتمع الاسلامى الجديد (١) .

مقومات المجتمع الاسلامى : حدد القرآن الكريم والسنة النبوية الأسس التى يقوم عليها المجتمع الاسلامى وهى تختلف عما كان عليه العرب فى العصر الجاهلى كما تختلف عما عاصر الاسلام وما سبقه من نظم . ولا يقدح فى ذلك حدوث تجاوزات . بل ومخالفات ، فى التطبيق العملى فى بعض المجالات وفى بعض العصور . ونجمل هذه المقومات فيما يلى : ــ

١ ــ **الاسلام دين ودولة :** جاء الاسلام بتنظيم شامل لأمور الدين والدنيا معا . ومن هنا شملت مسئولية ولى الأمر واختصاصاته ــ أو واجباته كما يصفها الفقهاء ــ رعاية شئون الدين والدنيا معا وناطت به من الاختصاصات ما يكفل ذلك . وهو بذلك يختلف عن المسيحية التى فصلت بين الدين ، وناطت به الكنيسة ، والشئون الدنيوية وناطت بها الدولة . ويكاد يكون مستحيلا أن تفصل بين الجانب الدينى والجانب الدنيوى

---

(١) تمت بيعة العقبة الأولى فى السنة الثانية عشرة للرسالة اى قبل الهجرة بسنة وثلاثة اشهر حينما التقى الرسول بأثنى عشر شخصا من اهل يثرب قدموا الى مكة للحج . وبايعوه على التوحيد والتزام الاخلاق الفاضلة . وكانت بيعة العقبة الثانية فى موسم الحج التالى وحضرها ثلاثة وسبعون رجلا وامرأتان ، وبايعوه على ذات الامور السابقة فى البيعة الاولى وزادوا عليها نضامنهم معه فى الحرب والسلم ضد أعداء الاسلام وعلى طاعته . أنظر ، ضياء الدين الريس . النظريات السياسية الاسلامية ، ص٣٠ . محمد فاروق النبهانى ، نظام الحكم فى الاسلام . الكويت . ١٩٧٤ ، ص ٩٢ ــ ٩٥ . وكلا المؤلفين يعتمد على الجزء الثانى من سيرة ابن هشام .

فى أى تنظيم من التنظيمات التى وضعها الاسلام . وهذا الوصف يكاد يكون محل اجماع الباحثين ، قد امى ومحدثين ، مسلمين ومستشرقين. ولذلك لا محل لمناقشة الأصوات النشاز التى ترتفع لدى البعض من وقت لآخر مطالبة بفصل الدين عن الدولة وتحويلها الى دولة علمانية على غرار الدول الاوربية المعاصرة وقياسا على ما حدث فى الدولة الاسلامية فى تركيا بعد الغاء الخلافة عام ١٩٢٤ .

والجمع بين الدين والدولة فى وحدة متناسقة يرجع الى الغاية المثالية التى يستهدفها الاسلام فهو يتوخى تربية انسان سوى الطبيعة تتوازن داخله كل نوازع النفس البشرية ، وسبيله الى ذلك اقامة توازن بين الجانب المادى والجانب الروحى فى حياة الانسان . فهو لا يتجاهل احتياجات الانسان المادية ولذلك لايدعو الى الرهبنة كما لا يكتفى بتحقيق مطالبه المادية — على خلاف الشيوعية — بل يغرس فيه القيم الروحية . وهو ما عبرت عنه الآية الكريمة « وابتغ فيما آتاك الله الدار الآخرة ولا تنس نصيبك من لدنيا ، وأحسن كما أحسن الله اليك ولا تبغ الفساد فى الأرض ، ان الله لايحب المفسدين » (سورة القصص: ٧٧) .

واستكمالا لهذا المبدأ تتكامل الحياة الدنيا مع الآخرة مصداقا لقوله تعالى « ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الأخرة حسنة » (سورة البقرة : ٢٠١) ، وقوله تعالى « ومن كان فى هذه أعمى فهو فى الآخرة أعمى وأضل سبيلا » . وبهذه الصورة يجتمع للفعل الواحد جزاءان ، احدهما دنيوى يتولاه ولى الأمر وثانيهما أخروى فان استطاع الافلات من الجزاء الدنيوى استحال عليه الافلات من الجزاء الأخروى . وتحقيقا للتوازن بين الجانبين الروحى والمادى يجمع الاسلام بين العقل والايمان فى وحدة متناسقة . فالعلم ليس مجرد خادم مطيع للايمان ، على خلاف ما حدث فى أوربا فى العصور الوسطى ، والايمان ليس عدوا مبينا للعلم — على خلاف ما ينادى به الفكر الشيوعى — فآيات القرآن الكريم قاطعة فى حث الانسان على كشف اسرار الكون بالدرس والأحاديث الشريفة تجعل

من طلب العلم فريضة ، واستعمال الاساليب العلمية خير وسيلة لتدعيم الايمان ، وهو الأسلوب الذى انتهجه فلاسفة الاسلام وعلماء الكلام والفقهاء أنفسهم . وقد اختلفت المدارس الفكرية الاسلامية فى تحديد المجال الذى يجوز اعمال العقل فيه ، فمنهم (المعتزلة) من يجيزه باطلاق وقلة منه تقيده باطلاق (أهل الظاهر) وأكثرهم (أهل السنة) يجيزونه فى مجال المعاملات دون العبادات .

ومن هنا كان الدين ، وما يتضمنه من قيم روحية وأخلاقية ، دعامة أساسية من دعامات المجتمع الاسلامى وأداة فعالة فى تحقيق الانسجام الاجتماعى وركيزة أساسية للتضامن الاجتماعى ولذلك لايترك مسئولية رعاية شئون الدين لضمير الفرد — على خلاف المذهب الفردى — ولا ينكره — على خلاف المذهب الشيوعى الذى يصفه بأنه أفيون الشعوب — بل ألقى مسئولية حفظ الدين ورعايته على عاتق الدولة (١) .

٢ — بناء المجتمع على رباط الدين : استحدث الاسلام أسلوبا فريدا فى تحديد الرابطة التى تقوم بين الفرد والمجتمع وبينه وبين الدولة ، هذه الرابطة الجديدة هى رابطة الدين فأحلها محل العصبية القبلية التى سادت العرب فى العصر الجاهلى ، ومحل الرابطة السياسية التى تسمى الجنسية التى سادت المدن الاغريقية وروما وتسود الدول الحديثة فى العصر الحديث أو رابطة التبعية والرعوية التى سادت كلا من الامبراطورية الفارسية والامبراطورية الرومانية . ورابطة الدين تختلف كذلك عن رابطة القومية التى سادت أوربا فى أعقاب الثورة الفرنسية . والاسلام ينكر العصبية القبلية ويحاربها ولكنه لا ينكر الجنسية ولا القومية ولكنه يضعهما فى مكان أدنى من رابطة الدين الاسلامى . والقرآن الكريم قاطع فى هذا الصدد لقوله تعالى « وان هذه أمتكم أمة واحدة وأنا ربكم فاتقون » وهو ما استفتحت به الصحيفة التى وضعت نظام الحكم فى يثرب

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك : كتابنا : اشتراكيتنا الديمقراطية ، القاهرة ب ١٩٧٨ . ص ٢٢ — ٢٦ .

فور الهجرة اذ جاء فيها « هذا كتاب من محمد النبى بين المؤمنين والمسلمين من قريش ، ويثرب ومن تبعهم فلحق بهم وجاهد معهم . انهم أمة واحدة من دون الناس » .

وهذا التصور هو الذى دفع علماء المسلمين الى تقسيم العالم الى قسمين كبيرين : دار الاسلام حيث يسود الحكم الاسلامى وتسود الشريعة الاسلامية ، ودار الحرب حيث يكون الحكم لغير المسلمين ولغير الشريعة الاسلامية . وتطبيقا لذلك لا يعتبرون المسلم الذى يقيم فى دار الحرب أجنبيا اذا حل بدار الاسلام بل يعامل معاملة سائر المسلمين من أبناء دار الاسلام . واعمالا لمبدأ وحدة الأمة اتفق جمهور الفقهاء على ضرورة وحدة الدولة والحكومة فى العالم الاسلامى دفعا للتنازع والفرقة . ولكن بعضهم أجاز تعدد الامامة (الخلافة) اذا تناءت الأمصار وتباعدت المسافات بينها . واحتجوا فى ذلك بالسوابق التاريخية ومنها : خلافة معاوية فى الشام بجانب امامة على فى الجزيرة العربية وغيرها من الأقطار ، وامامة عبد الله بن الزبير فى الجزيرة العربية وبعض الاقطار بجانب امامة الأمويين فى الشام وكذلك امامة الامويين فى الأندلس والفاطميين فى مصر بجانب الخلافة العباسية فى بغداد .

ووحدة الأمة الاسلامية ، وما يتبعها من قيام الرابطة بين الدولة الاسلامية وأبنائها ، لا يعنى أنها دولة عنصرية دينية تيوقراطية فهى لاتهدر حقوق غير المسلمين داخل دار الاسلام لأنهم يتمتعون بذات الحقوق التى يتمتع بها المسلمون ويتحملون بذات الواجبات التى يتحملها المسلمون كما سنرى . كما أنها ليست دولة دينية (تيوقراطية) اذ لاكهنوت فى الاسلام — كما سبق أن أوضحنا .

٣ — قيام نظام الحكم على أساس الشورى (١) لم يضع القرآن

---

(١) أنظر : الريس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٣٣٢ — ٣٣٧ ؛ فاروق النبهانى ، نظام الحكم فى الاسلام ص ١٩٩ — ٢٠٧ ؛ عبدالحميد متولى ، الدولة فى الاسلام ، ١٩٧٨ زكريا البرى ، حقوق الانسان فى الاسلام ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ٥٦ — ٦٦ ؛ حسنينى ، الادارة العربية ، ص ٢٨٦ — ٢٨٧ .

ولا السنة قواعد تفصيلية لنظام الحكم ، واكتفيا ببعض المبادىء العامة أما التفصيلات فكانت محل اجتهاد العلماء فى ضوء تطور المجتمع . ومن هذه المبادىء الشورى وهى كلمة مأخوذة من شرت العسل أى أخذته من موضعه واستخرجته . ومعناها الاصطلاحى قريب الشبه بما عرفه فلاسفة الاغريق باسم الديمقراطية ، ونظام الشورى يتشابه من بعض الوجوه بالنظام الديمقراطى الذى يعرفه الفكر السياسى المعاصر .

ومقتضى نظام الشورى ـ حسبما جرى عليه التطبيق العملى فى صدر الاسلام ـ أن شغل منصب الخلافة يكون بالاختيار أى بالانتخاب ، اشتراك ذوى الرأى مع ولى الأمر فى اتخاذ القرارات الهامة مما يحول دون الاستبداد بالرأى ، كفالة الحريات السياسية للمواطنين ومنها حرية التعبير عن الرأى .

وقد أوجب الله سبحانه وتعالى الشورى فى آيتين كريمتين نصت أولاهما « فبما رحمة من الله لنت لهم ، ولو كنت فظا غليظ القلب لا تفضوا من حولك . فاعف عنهم واستغفر لهم ، وشاورهم فى الأمر » (سورة آل عمران : ١٥٩) . وقد نزلت هذه الآية عقب ما ابتلى به المسلمون فى غزوة أحد ، وكان الرسول قد تشاور مع أصحابه واستجاب لمشورتهم فى الخروج من المدينة لملاقاة العدو . وتنص الآية الثانية على ما يأتى « والذين استجابوا لربهم وأقاموا الصلاة وأمرهم شورى بينهم ، ومما رزقناهم ينفقون » (سورة الشورى : ٣٨) ، والسنة الشريفة سواء منها القولية أو الفعلية أكدت هذا المعنى . من ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ما استغنى مستبد برأيه ؛ وما هلك أحد عن مشورة » ، ومنها استشارته لاصحابه فى شأن اختيار المكان الذى ينزل فيه المسلمون يوم بدر ، واستشارته لهم فى مصير أسرى غزوة بدر ، ونزوله على رأى أكثريتهم فى الخروج يوم أحد . وجرى الخلفاء الراشدون على ذات النهج وخاصة أبى بكر وعمر .

ومن المسلم أن الرسول لم يكن فى حاجة الى مشاورة أصحابه لأن العناية الالهية تهديه سواء السبيل ولكنه كان يشاورهم تطييبا لقلوبهم

واشراكا لهم فى المسئولية وارساء لمبدأ جوهرى فى الحكم • وقد اختلف الرأى بين الفقهاء حول حكم الشورى فذهب فريق منهم الى أنها واجبة وذهب فريق الى أنها مندوبة ، وأنصار الوجوب اختلفوا فيما بينهم فمنهم من يلزم ولى الأمر بالأخذ بالرأى الذى انتهت اليه المشاورة ويجعل من مخالفته سببا من أسباب عزله ومنهم من يرى غير ذلك •

ولم يرد فى القرآن ولا السنة أحكام تحدد من هم أهل الشورى وكيفية حدوث الشورى ، وكذلك لم يفعل الفقهاء ولذلك اختلف أسلوب التشاور من عهد الى عهد ، وظل الأمر بدون تنظيم • ففى العهد النبوى كان أهل الشورى من وجوه المهاجرين والأنصار ، وفى عهد الخلفاء الراشدين كانوا وجوه لصحابة وغيرهم من أعيان المدينة ، وكانوا يجتمعون فى المسجد مما كان يسمح لأى شخص بالحضور والاشتراك فى الرأى • وبعد هجرة الصحابة وتفرقهم فى الأمصار بعد عهد الخليفة عمر تعذر جمعهم واكتفى بمن يوجد منهم فى المدينة • وفى العهد الأموى كان الأعضاء البارزون من الأسرة الأسرية يكونون مجلسا للخليفة يشير عليه فيما يعرضه عليهم من أمور • وفى العصر العباسى ظهر نوع من تنظيم الشورى • فقد أسس المأمون مجلسا يضم ممثلين عن طوائف المجتمع يبدى الرأى فيما يعرض عليه ، وحذا الخلفاء اللاحقون حذوه كما أحاط أمراء الولايات الذين استقلوا بها أنفسهم بمجلس شورى على غرار مجلس الخليفة • وفى عهد الدولة العثمانية أنشيء الديوان الهمايونى الذى يضم كبار رجال الدولة مدنيين وعسكريين وبعض العلماء وبعض الأعيان ، وكان بمثابة مجلس استشارى للسلطان • وعلى غراره انشيء ديوان الولى فى الولايات المختلفة •

ويجب ألا نخلط بين نظام الشورى الاسلامى ونظام المجالس النيابية (البرلمان) السائد فى النظم الديمقراطية الحديثة ؛ فهى مجالس منتخبة تختص بالتشريع ورقابة السلطة التنفيذية ، أما الشورى حتى فى العصور التى نظمت فى صورة مجالس ، لم يكن أعضاؤها منتخبين ولم يكن لها اختصاص تشريعى محدد ولكنهم كانوا يبدون الرأى فى أمور الدولة الهامة سواء ما كان منها تشريعى أم تنفيذى •

٤ — المساواة من أصول النظام الاسلامى (١) : جرى الفقهاء المسلمون على استعمال تعبير العدل للدلالة على المساواة اشتقاقا من المعنى اللغوى لكلمة العدل التى تعنى التسوية فى المعاملة . ويتحدثون عن العدل بمعانيه العديدة ، سياسية واجتماعية واقتصادية .

والعدل بمعناه السياسى هو ما يعبر عنه فى المصطلحات السياسية الحديثة بتعبير المساواة أمام القانون ، فمن أهم خصائص المجتمع الاسلامى أنه يقوم على مبدأ المساواة دون تمييز بين الناس بسبب دينهم أو لغتهم أو جنسهم أو حرفتهم ومهنتهم ، فهى شريعة تخاطب البشر أجمعين لقوله تعالى « يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم » . وهذا المعنى رددته كثير من الأحاديث النبوية الشريفة .

والأمر بالعدل والنهى عن الظلم وردت فيه نصوص صريحة فى كل من القرآن والسنة تخاطب البشر أجمعين حاكمين ومحكومين ، مسلمين وغير مسلمين . ومن أمثلة الأحكام التى تخاطب ولى الأمر قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء : ٥٨) .. والحديث الشريف « أحب الخلق الى الله امام عادل ، وأبغضهم اليه امام جائر » . ولذلك اعتبر الفقهاء جور الحاكم من بين أسباب عزله بل ان بعضهم (الخوارج) اعتبره مبررا كافيا للخروج عليه والثورة ضده . والحكم بالعدل واجب حتى بالنسبة للأعداء لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ، ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا ، أعدلوا ، هو أقرب للتقوى ، واتقوا الله ان الله خبير بما تعملون » (سورة المائدة : ٨) .

ومن تطبيقات العدل بمعنى المساواة بين المواطنين الحديث الشريف « انما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ،

---

(١) أنظر . الريس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٣٢٥ ومابعدها .

واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، والذى نفس محمد بيده ، لو أن فاطمة بنت محمد سرقت ، لقطعت يدها » . وهذا المعنى طبقه الخلفاء الراشدون تطبيقا كاملا ، وخاصة فى عهدى أبى بكر وعمر (١) .

ومن تطبيقات العدل تقرير مبدأ المساواة بين المسلمين وغير المسلمين من أهل الكتـاب فى الحقوق والواجبات واحترام عقيدتهم . ومبدأ حرية العقيدة لأهل الكتاب تقرر بقوله تعالى « لا اكراه فى الدين » (سورة البقرة : ٢٥٦) . وفى هذا الصـدد يفرق الفقهاء (٢) بين العبـادات والمعاملات . والأولى تخص المسلمين وحدهم ، أما غير المسلمين من أهل الكتاب (ويسمون أهل الذمة) فلهم اتباع مايامر به دينهم . والحال يختلف بالنسبة للمعاملات فان أحكامها تطبق على المسلمين وغير المسلمين على سواء باستثناء ما هو لصيق بالدين مثل الزواج والطلاق وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية اذ أباح الفقهاء لغير المسلمين (أهل الذمة) الخضوع فى شأنها لما يأمر به دينهم ؛ بل أباحوا لهم التعامل فى بعض الأمور رغم تحريم الاسلام لها مثل الخمر ولحم الخنزير ان كان دينهم يبيح لهم ذلك . وهذه المغايرة بين العبادات والمعاملات ترجع من ناحية الى أن الأولى لصيقة بالدين وتنبع عنه ووردت بها أحكام فى الكتب المقدسة لغير المسلمين وكذلك الحال بالنسبة للخمر ولحم الخنزير ، وما عدا ذلك لم ترد فى شأنه أحكام فى دياناتهم لأن المسيحية ــ كما سبق أن رأينا ــ اقتصرت على تنظيم الجوانب الروحية للنشاط الانسانى . وتطبيقا لمبدأ المساواة يتمتع غير المسلمين من أهل الكتاب فى دار الاسلام

---

(١) من ذلك ما أكده الخليفة أبو بكر فى أول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة « الا وان اضعفكم عندى القوى ؛ حتى اخذ الحق منه . وأقواكم عندى الضعيف حتى اخذ الحق له » ونفس المعنى سجله الخليفة عمر فى كتابه لأبى موسى الاشعرى ، والذى يعرف بكتاب القضاء « آس بين الناس فى وجهك وعدلك ومجلستك ؛ حتى لا يطمع شريف فى حيفك ، ولا ييأس ضعيف من عدلك » .

(٢) يقرر ابن عابدين (توفى ١٢٥٢ هـ) . حاشيته ، جـ ٣ ، ص ٢٢٩ « وحاصلة أن لهم حكمنا فى العقوبات والمعاملات الا ما استثنى ، دون الايمان والعبادات فلا نطالبهم بها وان عوقبوا عليها فى الاخرة » .

بذات الحقوق التى يتمتع بها المسلمون ويتحملون ذات الواجبات التى يتحملها المسلمون ، وذلك تطبيقا للحديث الشريف « لهم ما لنا وعليهم ما علينا » • ويشهد التاريخ أنه لم يغلق دونهم باب للتوظف أو العمل فى الدولة أو لدى الأفراد (١) • ويستثنى من ذلك أمران : رئاسة الدولة، الجزية • فأحد الشروط الواجب توافرها فى الخليفة أن يكون من أهل الولاية العامة ومن شروطها أن يكون مسلما • وهو أمر طبيعى تسير عليه كل دول العالم قديما وحديثا • أما الاستثناء الثانى فهو الزام الذميين بدفع مبلغ من المال — يسمى الجزية — مقبل حمايتهم والدفاع عنهم لأنهم كانوا لا يجندون فى الجيش ، ولذلك اقتصرت هذه الجزية على الرجال القادرين على حمل السلاح ويعفى منها النساء والصبيان والشيوخ والرهبان (٢) ، فاذا دخل الذمى الجيش سقطت عنه الجزية • ولما كانت الخدمة العسكرية اجبارية فى الوقت الحاضر فى كل الدول الاسلامية فانها اسقطت عنهم لأن الحكم يدور مع العلة وجودا وعدما وقياسا على ما جرى عليه العمل منذ عهد الخليفة عمر (٣) • ويؤكد هذا النظر أن قواد المسلمين ردوا الجزية الى أهل البلاد التى فتحوها حينما عجزوا عن

---

(١) انظر فى معاملة الذميين ، كتابنا ، المجتمع العربى ، القاهرة ١٩٦٩ ، ص ٢٥٨ وما بعدها . عبد الكريم زيدان ، احكام الذميين والمستأمنين فى دار الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٢ .

(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ١٣٨ ، الطبرى (توفى ٣١٠هـ)، تاريخ الامم والملوك ، جـ ٤ ، ص ١٦ ، جـ ٥ ، ص ٢٥٤ .

(٣) أثبت الباحثون القدامى والمحدثون فى كتبهم أمثلة للحالات التى أسقطت فيها الجزية عن الذميين اذا ما اشتركوا فى الدفاع عن دار الاسلام. ومنها ما حدث فى عهد الخليفة عمر لما صالح القواد المسلمون اهل بعض البلاد المفتوحة وكان من بين شروط الصلح اسقاط الجزية عن من يشترك منهم فى الدفاع عن البلاد ، ومن أمثلة ذلك كتاب عتبة بن فرقد عامل الخليفة عمر لأهل اذربيجان وكتاب عامله سراقة بن عمرو لاهل ارمنية ، وكتاب عامله سويد بن مقرن لاهل جرجان (أنظر ، الطبرى ، تاريخ الامم ، جـ ٥ . ص ٢٥٠) . كتاب حبيب ابن مسلم الفهرى لأهل انطاكية البلاذرى (توفى عام ٢٥٩ هـ) ، فتوح البلدان ، ص ٢١٧ .

الدفاع عنها (١) .

٥ ـ تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة : تتباين المذاهب الاجتماعية فى خصوص كيفية التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة التى يعيش معها . فبعضها يغلب مصلحة الفرد على مصلحة الجماعة فتسود الأنانية ، وهو ما يعرف بالمذهب الفردى (يسمى بالمذهب الرأسمالى فى خصوص المجال الاقتصادى) وبعضها الآخر يغلب مصلحة الجماعة فيسود الحقد الطبقى ، وهى ما تعرف بالمذاهب الجماعية ، وهى تتدرج ما بين الاشتراكية المعتدلة والشيوعية المتطرفة التى تقيم المجتمع على طبقة واحدة هى « البروليتاريا » . والاسلام يختلف عن كل هذه المذاهب فهو يقيم توازنا بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة مصداقا لقوله تعالى « وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس » (سورة البقرة : ١٤٣) فهو يعترف للفرد بذاتية مستقلة فى مواجهة الجماعة ومن ثم يحافظ على حريته وكرامته ويمنحه حقوقا سياسية ومدنية على رأسها حق التملك وحق العمل .. الخ ولكنه يلزمه بأن يمارس حقوقه بما لا يضر بالجماعة فحدد لكل حق وظيفة اجتماعية يتعين على صاحبه أن يمارسه فى حدودها . واذا استحال التوفيق بين مصلحة الفرد ومصلحة الجماعة غلبت الأخيرة . ولذلك يقوم المجتمع الاسلامى على التضامن الاجتماعى ويحارب الأنانية ويقتل الحقد الطبقى مصداقا لقوله تعالى « انما المؤمنون اخوة فأصلحوا بين أخويكم » .

والتآخى فى الاسلام وما يتولد عنه من تكافل اجتماعى ليس مجرد عاطفة وجدانية بل هو نظام قانونى يحكم العلاقات بين الناس دون

---

(١) من ذلك ما ورد فى كتاب الخراج لأبى يوسف ص ١٣٩ ، والبلاذرى فى كتابه فتوح البلدان ص ٢٨٣ عن قيام أبى عبيدة الجراح برد ما اخذه من جزية من أهل الشام حينما عجز عن الدفاع عنهم نتيجة لسحب جيوشه لملاقاة الروم فى واقعة اليرموك . وهو ما أثبته الطبرى فى كتابه تاريخ الأمم ، جـ ٥ ، ص ٢٥٠ ضمن الكتاب الذى بعث به حبيب بن مسلمة لاهل تفليس « والجزية على كل أهل بيت دينار ... وان عرض للمسلمين شغل عنكم فقهركم عدوكم فغير مأخوذين بذلك ولا هو ناقض عهدكم » .

تمييز بينهم بسبب المولد أو اللون أو الثروة أو الجاه . وحدد الاسلام عدة وسائل قانونية لتحقيق التكافل الاجتماعى (العدل الاجتماعى) وناط بالدولة مسئولية تحقيقه ، لقوله تعالى « والذين ان مكناهم فى الأرض أقاموا الصلاة وأتوا الزكاة وامروا بالمعروف ونهوا عن المنكر » (سورة الحج : ٤١) . ومن أهم وسائل تحقيق التكافل الاجتماعى :

(أ) تحريم العلاقات التى تولد الحقد والضغينة وتثير المنازعات مثل : تحريم الخمر والميسر والزنا وعقود الغرر كما حرم كل ما من شأنه أن يكون سببا لاستغلال الانسان مثل تحريم الربا والاحتكار ... الخ .

(ب) تحديد وظيفة اجتماعية لكل حق بحيث اذا خرج صاحبه عن هذه الحدود تجرد من الحماية المقررة . فالعمل حق بمارسه صاحبه بما لا يضر الجماعة فان فعل أجبر على منع وقوع الضرر كما اذا امتنع أرباب الحرف والمهن الضرورية للناس أجبرهم ولى الأمر على ذلك على أن يدفع لهم سعر المثل ، وهو شبيه باوامر التكليف المعروف فى الوقت الحاضر . واذا غالوا فى أجورهم جبرهم ولى الأمر على أدائها بالأجر المناسب (١). وبلمثل لو امتنع ارباب السلع الضرورية عن بيعها للناس الا بزيادة عن القيمة المعروفةلها أجبرهم ولى الأمر على بيعها بسعر المثل ، واذا انحصر البيع فى طائفة واحدة فالتسعير واجب دائما (٢) . وللملكية الخاصة حرمة فلا يجوزنزعها من يد صاحبها من غير عوض وبدون سبب اعمالا لقوله تعالى « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » (سورة البقرة : ١٨٨) ، وهو ما أكده الرسول من تحريم الاعتداء على الأموال والأعراض فى حجة الوداع . وحرمة الملكية مشروطة باكتسابها بطريق مشروع واستعمالها بما لا يضر صالح الجماعة . فان كان سبب كسبها خبيثا جاز نزعها بدون تعويض ، مثل الملكية التى كسبها صاحبها عن طريق الجور والاستغلال

(١) انظر ، ابن تيمية (توفى عام ٧٢٨ هـ) الحسبة فى الاسلام ، ص ٢٧
(٢) أنظر ، ابن تيمية ، الحسبة فى الاسلام ، ص ١٧ — ١٨ .

كالربا والاحتكار والسرقة ... الخ ووضع الاسلام عدة وسائل لمحاربة اكتناز الأموال وعدم استثمارها لتحريم ذلك لقوله تعالى « والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم » (سورة التوبة : ٣٤) . كما حرم الاسلام استئثار فئة قليلة من المجتمع بالثروة دون الآخرين ووضع من الوسائل ما يكفل توزيع الثروة ، كالميراث والزكاة ... الخ .

(جـ) التزام الدولة بتوفير الحاجات الأساسية للمجتمع : وهو نظام شبيه بنظام التأمينات الاجتماعية المأخوذ به الآن . واعتبر الفقهاء هذا الالتزام من فروض الكفاية ويسمى هذا الفرض باسم « دفع ضرر المسلمين » (١) فالدولة تلتزم بتوفير الحاجات الأساسية للمجتمع من مأكل وملبس ومسكن ، واجراء الرزق على المحتاجين وتوفير العمل المناسب لهم . فالأصل أن نفقة العاجز عن الكسب تقع على أقاربه المقتدرين وعند عدم وجودهم تجب على بيت المال اعمالا للحديث الشريف « من ترك مالا فلورثته ، ومن ترك كلا فالينا وعلينا » ؛ فان عجز بحيث المال عن ذلك وجب ذلك على الأغنياء اعمالا للحديث الشريف « ان الله فرض على الأغنياء فى أموالهم ما يسع فقراءهم » ، وهو واجب اضافى بجانب الزكاة لقوله عليه الصلاة والسلام « ان فى المال حقا سوى الزكاة » . بل ان الفقهاء المتأخرين أباحوا لولى الأمر أن يوظف على الأغنياء ما يراه مناسبا لمواجهة نفقات الدولة اذا خلا بيت المال من الأموال (٢) .

---

(١) انظر الرملى (توفى عام ١٠٠٤ هـ) . نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (ويقصد بالمنهاج كتاب النووى . المسمى المنهاج) ، ص٧،ص١٩٤ . ذكره الريس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٣١٩ .

(٢) من ذلك ما قرره الامام الغزالى فى كتابه المستصفى ، جـ ١ : ص ٣٠٣ - ٣٠٤ « اذا لم يكن فى المصالح ما يفى بخراجات العسكر وخيف دخول العدو بلاد الاسلام ، أو ثورة الفتنة من قبل اهل الشر ، جاز للامام أن يوظف على الاغنياء مقدار كفاية الجند ، لأنا نعلم أنه اذا تعارض شران او ضرران دفع اشد الضررين واعظم الشرين » .

واكد هذا المعنى الشاطبى (توفى عام ٧٠٩ هـ) فى كتابه : الاعتصام ؛

المبحث الثانى

الكتاب (القرآن) (١)

تنزيله : القرآن الكريم ،-منزل بألفاظه العربية ومعانية من عند الله تعالى عن طريق الوحى الى النبى محمد عليه الصلاة والسلام ، وهو أساس الشريعة وأصلها الأول . فالرسول صلوات الله عليه قام بدور التالى والمبلغ ، وفى ذلك يقول سبحانه وتعالى فى سورة المائدة : ٦٧ « يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك وان لم تفعل فما بلغت رسالته » .

ولما كان القرآن منزلا لفظا ومعنى من عند الله تعالى فان المعانى الملهمة الى الرسول عليه السلام ويعبر عنها بألفاظ من عنده لا يعد قرآنا بل يدخل فى الأحاديث النبوية ، كما أن تفسير القرآن الكريم مهما

= ج ٢ ، ص ١٠٤ اذ يقول« اننا قررنا امام مطاعا ، مفتقر الى تكثير الجنود لسد حاجة الثغور وحماية الملك المتسع الاقطار ، وخلا بيت المال وارتفعت حاجات الجند الى مالا يكفيهم ، فللامام اذا كان عدلا ان يوظف على الأغنياء مايراه كافيا لهم فى الحال، ، ثم اليه النظر فى توظيف ذلك على الغلات والثمار وغير ذلك ؛ وانما لم ينتقل مثل هذا عن الاولين فى العصور الاسلامية الاولى لا تساع بيت المال فى زمانهم ، بخلاف زماننا ، بأن القضية فيها أخرى ، ووجه المصلحة هنا ظاهر ، فانه لو لم يفعل الامام ذلك بطلت شوكة الامام ، وصارت دياره عرضة لاستيلاء الكفار » .

(١) أنظر : محمد الخضرى ، تاريخ التشريع الاسلامى ، عبدالوهاب خلاف ، أصول الفقه ، ١٩٥٢ ، ص ٢٣ ، مصطفى صادق الرافعى ، اعجاز القرآن ؛ محمد يوسف موسى ، المدخل لدراسة الفقه الاسلامى ، كتابنا بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى . ص ٣١ ، صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية فى الدولة العربية ، الطبعة الثالثة بيروت ، ١٩٦٥ ، ص ١٤٤ ، محمد زكريا البريسى ، أصول الفقه ، طبعة ١٩٦٩ ، محمد ابو زهرة ، مصادر الفقه الاسلامى ، ص ١١ وما بعدها .

جرى العلماء على استعمال تعبير الكتاب للدلالة على القرآن الكريم .. فالكتاب يعنى كلام الله تعالى المنزل على الرسول المكتوب فى المصاحف ، والقرآن هو كلام الله تعالى المقروء على السنة العباد ، وكثير من ايات القرآن الكريم تشير الى هذين التعبيرين المترادفين . فتارة تستعمل تعبير الكتاب واخرى تعبير القرآن .

بلغت دقته لا يعد قرآنا ، كما أن ترجمة بعض ألفاظه أو معانية مهما بلغ اتقانها لا تعد قرآنا ولا ترجمة للقرآن بل هى ترجمة لمعانية ، ولذلك لا تصح الصلاة بهذه الترجمة — على رأى الجمهور — ولا يتعبد بتلاوة أيا منها .

اعجازه : لا يجوز التشكيك فى نسبة القرآن الكريم — لفظا ومعنى — لله تعالى لأن ذلك تشكيك فى أساس العقيدة الاسلامية . واذا كان الرسل السابقون قد أتوا كثيرا من المعجزات المادية مثل شفاء المرضى أو الاتيان بخوارق الأعمال ، فان معجزة الرسول عليه الصلاة والسلام هى القرآن الكريم ، هى معجزة خالدة تتجدد بتلاوته . وهذا الاعجاز يعتبر أحد الأدلة على أن القرآن من عند الله تعالى . وأوجه الاعجاز القرآنى متعددة ، أهمها : فصاحته وبلاغته . اخباره بأحوال الأمم السابقة كأخبار عاد وثمود وولادة المسيح عليه السلام ... الخ : اخباره بأمور مستقبلة تحققت فيما بعد مثل انتصار الروم على الفرس : دخول المسلمين المسجد الحرام ... الخ .

وأركان الاعجاز متحققة فى القرآن الكريم ، وهى التحدى ، وجود المقتضى للرد على التحدى : عدم وجود مانع لدى من تحدوا به . فقد تحداهم الرسول الكريم أن يأتوا باية من مثله بعد أن سخر من أوثان العرب وسفه أحلامهم فعجزوا عن الاتيان بآية من مثله رغم أنهم أهل البلاغة وأئمة البيان .

نقله وتدوينه : لم ينزل القرآن على الرسول دفعة واحدة بل نزل منجما على مدى اثنين وعشرين سنة ونيف ابتداء من مبعثه فى مكة حتى قبيل وفاته فى المدينة (١) . وكان أول ما نزل منه فى غار حراء قوله تعالى (سورة العلق : ١ ، ٢) « اقرأ باسم ربك الذى خلق ، خلق الانسان من علق » . وآخر ما نزل قوله تعالى (سورة المائدة : ٣) « اليوم أكملت

---

(٢) ولد عليه الصلاة والسلام على الارجح عام ٥٧٠ م بمكة وتوفى بالمدينة عام ١١ هـ . ٦٣٢ م .

لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا » (١) .

وحكمة تنزيله منجما خلال هذه المدة الطويلة حسب الحوادث ومقتضيات الأحوال كشف عنها القرآن الكريم بقوله تعالى (سورة الفرقان : ٣٢) ردا على تساؤل المشركين عن سبب عدم تنزيله دفعة واحدة « وقال الذين كفروا لولا أنزل عليه القرآن جملة واحدة ، كذلك لنثبت به فؤادك ، ورتلناه ترتيلا » . وهذا التثبيت لقلب الرسول الكريم يتأتى عن طريق استمرار الاتصال بنور السماء عن طريق الوحي ، كما يتأتى عن طريق افساح الوقت لاستيعاب الأحكام وفهم معانيها وادراك مغازيها . أما الحكمة الثانية من التنجيم — حسبما ورد في الآية السابقة — فهي الترتيل . فالقرآن نزل في شعب أمي لا يقرأ ولا يكتب والوسيلة المثلى لحفظه هي ذاكرة الناس . والتنجيم خير وسيلة لامكان حفظه في الصدور وبذلك يبقى له التواتر الى يوم القيامه . ومن فرط حرص الرسول عليه صلوات الله وسلامه على حفظ القرآن كان يستعجل جبريل الأمين هذا الحفظ فنزلت الآيات (سورة القيامة : ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩) « لا تحرك به لسانك لتعجل به ، ان علينا جمعه وقرآنه ، فاذا قرأناه فاتبع قرآنه ، ثم ان علينا بيانه » . وقد حفظ النبي عليه الصلاة والسلام القرآن الكريم وحفظه معه كثير من الصحابة . وبعد تمام النزول تم ترتيب القرآن بالصورة المعروفة لنا حتى اليوم وقرأه الرسول بهذا الترتيب على جبريل الامين في شهر رمضان الذي انتقل بعده الى الرفيق الأعلى . وحفظ القرآن لا يقتصر على نصوصه وآياته وترتيبه بل يشمل أيضا مخارج حروفه ووقوفه ونغماته (٢) .

وهو يتكون من ١١٤ سورة ، وتقسم كل سورة الى عدة آيات ، يبلغ مجموعها أكثر من ستة آلاف آية (٦٣٤٢) ، نزل قرابة ثلثيه في مكة على مدى ثلاث عشرة سنة ، ونزل ثلثه بالمدينة على مدى عشر سنوات .

---

(١) أنظر : البرديسي : أصول الفقه . ص ١٧٠ — ١٧١ .
(٢) أنظر : أبو زهرة : مصادر الفقه الاسلامي : ص ١٢ — ١٤ .

وكانت آيات القرآن تكتب فور نزولها على يد كتبة الوحي (١) في صحف متفرقة . وفي عهد أبي بكر كلف زيد بن ثابت بجمع هذه الصحف المتفرقة كما كتب ما كان منه محفوظا في صدور الصحابة . وأودعت هذه الصحف عند الخليفة أبي بكر ، ومنه انتقلت الى عمر ، ثم الى حفصة بنت عمر . وفي عهد عثمان (توفى عام ٣٠ هـ) خشي اختلاف الناس في القرآن ، فقام — بعد استشارة الصحابة — بجمع القرآن للمرة الثانية معتمدا في ذلك على تجميع أبي بكر ، وعهد الى جمع من الصحابة — منهم زيد بن ثابت وعبد الله بن الزبير وسعيد بن العاصي ، بجمع تلك الصحاف في مصحف واحد (٢) ، وكتب منه عدة نسخ وزعت على الأمصـــار ، وهو المصحف المعروف بالمصحف العثماني وأحرق ماعداها . وكان هذا المصحف خاليا من الترقيم والتنقيط ، وفي عهود لا حقة دخل الترقيم والتنقيط على كتابة المصحف لتسهيل النطق بألفاظ القرآن الكريم على الوجه الصحيح صيانة له من اللحن والتحريف . .

ويبين لنا مما تقدم أن القرآن الكريم نقل الينا بطريق التواتر ، ممن يوثق بدينه ويؤمن تواطؤه على الكذب ، جيلا بعد جيل ، ولم ينله أي تحريف أو تغيير (٣) . ولذلك كانت نصوصـــه كلها قطعية الورود أي قطعية الثبوت .

---

(١) من أشهرهم : علي وعثمان وأبي بن كعب و يد بن ثابت .

(٢) انظر : أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ١٦٥ .

(٣) والى هذا المعنى يشير القرآن الكريم في سورة الحجر : ٩ « انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون » . فهذه الآية تقطع — كما يذكر الشاطبي في كتابه الموافقات جـ ٢ ص ٥٩ (ذكره ، محمد يوسف موسى في كتابه المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ص ٨) — بحفظ الشريعة وعصمتها من التغيير والتبديل . وذلك على خلاف الكتب السماوية الاخرى . فالتوراة وكل الله سبحانه وتعالى امر حفظها الى أهلها اذ يقول سبحانه (سورة المائدة: ٤٤)«انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور، يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا والربانيون والأحبار بما استحفظوا من كتاب الله وكانوا عليه شهداء . . . » ، ولذلك لحقها التبديل والتغيير على يد الانبياء والرسل اللاحقين لموسى عليه السلام . ولذلك يقوم الجدل بين العلماء حـول تواريخ تنزيل التـوراة وتواريخ التدوين والأجزاء التي نالها التبديل . فاقدم نصوص التوراة نزلت =

تفسير القرآن : كان من الطبيعى أن يلجأ العلماء الى دراسة القرآن الكريم وتفسيره باعتباره أصل الشريعة لفهم معانى ما ورد فيه من أحكام. وارتبط تفسير القرآن الكريم بنمو الحركة العلمية أو ركودها ، واعتمد المتخصصون فى كل فرع من فروع المعرفة على القرآن . وكان لكل فرع منهاجه فى التفسير ، فاعتمد عليه النحاة فى كتب النحو ، واعتمد عليه

= على موسى عليه السلام فى القرن الثالث عشر قبل الميلاد على جبل سيناء . وأول تدوين لها كان فى القرن التاسع قبل الميلاد حينما وضع سفرا التكوين والخروج ، وفى القرن السابع قبل الميلاد وضع سفر التثنية ، وفى القرن الخامس قبل الميلاد وضع سفر اللاويين وسفر العدد ، وكان ذلك فى عهد عزرا ونحميا . وفى عهدهما ايضا ، وهو عهد الاصلاح الدينى الذى حدث بعد العودة من الأسر البابلى ، أعيد النظر فى اسفار التوراة الخمسة واعيدت كتابتها فصدرت باللغة العبرية عام ٤٤٥ ق.م وهى النسخة المتداولة حتى الآن . وبجانب التوارة يعترف اليهود بعدة كتب مقدسة هى : ١٢ كتابا عن تاريخ ملوكهم وقضاتهم ، ٥ كتب عن الأناشيد والمواعظ ، ١٧ كتابا عن الانبياء ثم التلمود وهو يتكون من كتابين : الميشينا والجماره .

أنظر فى تفصيل مصادر الشريعة اليهودية ، كتابنا عن تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة ١٩٨٤ ، ص ٢٨٤ وما بعدها .

والانجيل ضاع أصل ما كتب منه باللغة العبرية ولم يبق منها الا الترجمة الاغريقية . وبالنظر لعدم تدوينه حال حياة المسيح بل بعدمماته على يد الحواريين (تلاميذه) أو تلاميذ الحواريين كل بلغته فتعددت الاناجيل لغة كما اختلف مضمونها . والكنيسة الآن تعترف بأربعة اناجيل فقط هى :

١ ــ انجيل متى ، وهو اقدمها ، وكتبه متى ــ وهو احد الحواريين ــ باللغة العبرية حوالى عام ٣٩ بعد موت المسيح عليه السلام . وقد ضاع الاصل ولا يوجد منه سوى الترجمة الاغريقية .

(٢) انجيل مرقس ، وهو تلميذ للحوارى بطرس ، وكتبه فى العقد السابع بعد المسيح وهذا الانجيل ينكر الوهية المسيح .

(٣) انجيل لوقا : وهو تلميذ بولس ، وكتبه بعد موت بطرس وبولس وبعد كتابة انجيل لوقا . وهو أكبر حجما من الانجليين السابقين ، وبه وردت نصوص تبيح شرب الخمر .

(٤) انجيل يوحنا ، وقد اختلف الراى فى شأن كاتبه وتاريخ كتابته، فالبعض بنسبة الى الحوارى يوحنا ويرجع تاريخ كتابته الى حوالى عام ٣٠ بعد الميلاد ، والبعض الآخر بنسبة الى شخص آخر يحمل ذات الاسم ويرجع تاريخه الى أواخر القرن الاول الميلادى وهذا الانجيل يؤكد على الوهية المسيح .

أنظر فى تفصيل ذلك : عبد الوهاب النجار ، قصص الأنبياء الطبعة الثانية ، ص ٤٦٤ ــ ٤٨٤ .

الفقهاء فى استظهار الأحكام من آيات الأحكام ، واعتمد عليه رجال الدعوة الاسلامية فى شرحها ... وهكذا . وكان المنبع الأول للتفسير يتمثل فى الأحاديث النبوية ثم أقوال الصحابة ثم التابعين . وفريق من العلماء يتوقف عند هذا الحد ولذلك يسمى منهجهم منهاج المتوقفين ، بينما يذهب فريق آخر الى جوازأعمال الرأى فى تفسير القرآن تأسيسا على أن القرآن الكريم نفسه يدعو الناس الى تدبر معانيه والتعمق فى فهمه [١] ، وهذا الخلاف فى حقيقته صدى للخلاف الذى قام بين أهل الرأى وأهل الحديث .

احكامه : ان القرآن الكريم ليس مجرد تقنين للقواعد القانونية اللازمة لضبط سلوك الناس فى المجتمع ، بل هو كتاب شامل لكل ما يخص أمور الناس فى الدنيا والآخرة سواء منها ما تعلق بالعقيدة أم الأخلاق أم القواعد القانونية البحت .

ومعظم الآيات المكية تتحدث عن العقيدة وأصول الدين والدعوة الى التوحيد ، كما تتحدث عن مبادىء الأخلاق القويمة وتهذيب النفوس . ولم تتعرض الا نادرا للقواعد القانونية فهذه قد نزل أكثرها فى المدينة . وذلك يرجع الى أن المسلمين فى مكة لم يكونوا بحاجة الى ما ينظم معاملاتهم قدر حاجتهم الى تثبيت أركان العقيدة ، اذ لم تكن لهم دولة فى مكة ، يكونوا شركاء فى الدولة الوثنية بمكة بل كانوا أقلية مستضفة محل اضطهادها . فلما انتقلوا الى المدينة وأسسوا دولتهم أصبحوا فى حاجة ماسة الى ما يرشدهم فى أمور معاملاتهم وعلاقاتهم فيما بينهم أو مع غيرهم من العرب أو مع الدول الأخرى .

(١) انظر فى تفصيل القرآن : محمد حسين الذهبى ، التفسير والمفسرون ، ثلاثة اجزاء ابو زهرة ؛ مصادر الفقه الاسلامى ، ص ٤٠ وما بعدها ؛ احمد أمين ، ضحى الاسلام ، جـ ٢ ، ص ١٣٧ وما بعدها . اشتهر بتفسير القرآن عشرة من الصحابة هم : الخلفاء الراشدون الأربعة ، عبد الله بن مسعود ، عبد الله بن عباس ، ابى بن كعب ، زيد بن ثابت ، ابو موسى الأشعرى ، عبد الله بن الزبير .

انظر : صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ٩٨ .

خصائص آيات الأحكام : تتميز آيات الأحكام ، وهى الآيات التى تعرضت لتنظيم أفعال المكلفين وتصرفاتهم — وعددها نحو ٥٠٠ آية (١) — بعدة خصائص ، أهمها : ١ — التدرج ٢ — التقليل من التقنين ٣ — صياغة الأحكام فى صورة مبادىء عامة وقواعد كلية ٤ — تنوع الدلالة .

١ — **التدرج** : ومعنى التدرج واضح ، فقد جاء الاسلام بتنظيم جديد للمجتمع فألغى بعض العادات التى ألفها الناس واستبقى ما يتفق منها مع فلسفة الدين الجديد واستحدث أحكاما جديدة لم يكن للعرب عهد بها من قبل ، ولذلك كان ومما يتفق مع طبائع الأمور أن تتدرج الأحكام من مجرد الاستحسان الى الترغيب الى الندب الى الأمر بها ، ومن مجرد الاستهجان الى التحذير الى الكراهة الى التحريم وهكذا . ونجد خير مثال للحالة الأولى فيما نزل من أحكام خاصة بالصدقات ، وخير مثال للحالة الثانية نجده فى أحكام تحريم شرب الخمر . وهذا التدرج لازم من ناحية أخرى لافساح الوقت لاستيعاب الأحكام وفهما . وتنتج عن هذا التدرج فى الأحكام نسخ بعضها .

٢ — **التقليل من التقنين** : وحكمة التقليل من التقنين هى دفع الحرج عن الناس وأخذهم بالتيسير فى الأحكام والتكاليف لأن الأصل فى الأشياء الاباحة ، فما لم يرد فيه نص بالوجوب أو الندب ، بالتحريم أو الكراهة فهو مباح . ولذلك فان الآيات التى تنظم أفعال المكلفين ومعاملاتهم وهى ما تعرف بآيات الأحكام ، لا تتجاوز المائتى آية (٥٠٠ على رأى البعض) نزل بعضها بمناسبة أحداث وقعت فى المجتمع وردا على تساؤلات واستفسارات من جانب المسلمين ، ومثل هذه الآيات تصدر بكلمة « يسألونك » أو « يستفتونك » (٢) .

---

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف : اصول الفقه ، ص ٣٢ حيث عرض لتقسيمها من حيث مضمونها وبعض هذه الآيات يتضمن احكاما وردت فى آيات اخرى ؛ ولذلك يقصر البعض عدد آيات الآحكام على مائتى آية .

(٢) ناقش الفقهاء ما ورد فى القرآن الكريم من آيات تدل على احاطته بكل شىء مما يعنى الاغتناء به عن غيره من الادلة ، وعدم الحاجة الى مصادر أخرى لشرح أحكامه وتفصيل مجمله منها (سورة الانعام : ٣٨) « ما فرطنا

٣ - **صياغتها فى صورة مجملة :** فبعض آيات الأحكام نزلت فى صورة مجملة ، مثل قوله تعالى فى سورة البقرة : ٢٧٥ « وأحل الله البيع وحرم الربا » . أو فى صورة مبادىء عامة ، مثل قوله تعالى فى سورة الشورى : ٣٨ « وأمرهم شورى بينهم » ، وقوله تعالى فى سورة الاسراء : ٣٤ «وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا» .وحكمة هذه الصياغة اضفاءالمرونة على الأحكام حتى تتسع الشريعة لحاجات الناس فى كل العصور وفى مختلف البيئات . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى حث الناس على أعمال عقولهم فيما نزل من أحكام (١) لا ستخراج الجزئيات ومسايرة تطور المجتمع .وذلك هو المقصود بصلاحية الشريعة لكل زمان ومكان (٢) .

فى الكتاب من شىء » ، ومنها (سورة النحل : ٨٩) « ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شىء » . فالآية الاولى - كما يقول كبار المفسرين وعلى راسهم الزمخشري - تفيد حصر أعمال العباد صغيرها وكبيرها وانهم يجزون منها. والآية الثانية لا تفيد الاحاطة بالجزئيات وتفصيل احكامها « فان الواقع يشهد بانه - فى اغلب الأمر - لم يدخل فى هذه التفاصيل ... فالقرآن الكريم الذى هو المصدر الأول للتشريع تبيان لكل شىء من حيث انه قد أحاط بجميع الاصول والقواعد التى لا بد منها فى كل قانون ونظام » .

انظر : الامام الاكبر ، عبد الرحمن تاج ، « السياسة الشرعية والفقه الاسلامى » ، القاهرة ١٩٥٣ ، ص ٤٦ - ٤٧ .

(١) ولذلك وردت كثير من الاحكام مقرونة بعلتها صراحة او اشارة مثل قوله تعالى فى سورة المائدة : ٩٠ - ٩١ « يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه لعلكم تفلحون ، انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة ، فهل أنتم منتهون » ، فعلة تحريم الخمر والميسر وقوع البغضاء والعداوة ، والصد عن ذكر الله واداء الصلاة . وبيان علة الحكم - على حد تعبير الأستاذ الشيخ خلاف - « ارشاد من الشارع الى انه ما شرع الأحكام لمجرد التعبد بها واخضاع المكلفين لسلطانها ، وانما شرعها لمصالحهم التى اقتضت تشريعها ، وفيه ارشاد الى ان احكام الشارع تدور مع مصالح الناس وحيثما وجدت المصلحة ، فثم شرع الله » .

انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامى مرنة ، ص ٢٥٦ .

(٢) وفى ذلك يقول الامام الأكبر الشيخ شلتوت فى كتابه « الاسلام عقيدة وشريعة » ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص ٤١٧ أن « تفصيل ما لا يتغير ، واجمال ما يتغير احد الضرورات التى تقضى بها ويتطلبها خلود الشريعة ودوامها » .

فالقواعد والمبادىء العامة تتصف ــ بطبيعتها ــ بصفة الثبات ولا تختلف باختلاف الأزمنة والبيئات ، والحال على خلاف ذلك فى الجزئيات ، فهى تختلف من زمان لزمان ومن مكان لمكان ، والاقتصار على المبادىء العامة يمكن ولاة الأمور من « أن يفصلوا قوانينهم فى الجزئيات حسب مصالحهم فى حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئى » (١) ومعظم آيات الأحكام جاءت مجملة وعامة ، وبعضها تعرض للتفصيلات والجزئيات مثل آيات المواريث والحدود .

وكان للسنة الدور الرئيسى فى بيان ما أجمل من أحكام وتقييد ما أطلق منها وتخصيص ما ورد عاما ــ كما سنرى ــ وكان للفقه دور كبير فى تحليل النصوص واستخراج الأحكام منها .

٤ ــ **تنوع الدلالة** (٢) : من المسلم أن كل نصوص القرآن الكريم

---

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر الشريعة مرنة ، بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد عام ١٩٤٥ ، ص ٢٥٣ وما بعدها . ونفس المعنى ، الشاطبى ، الاعتصام ، جـ ٢ ص ٢٦٣ ــ ٢٦٤ .

(٢) تنقسم النصوص من حيث ثبوتها الى نوعين : قطعى الورود وغير قطعى الورود أو ظنى الورود . والنوع الاول هو ما نقل الينا بطريق التواتر فلا يثور شك حول ثبوته مثل القرآن الكريم والأحاديث المتواترة ، أما النوع الثانى فهو الذى قد يثور شك حول ثبوته لانه لم ينقل الينا بطريق التواتر مثل أحاديث الآحاد .

وتنقسم النصوص من حيث مضمونها الى نوعين : خاص وعام ، اما الخاص فهو ما ورد عن الشارع للدلالة على حالات محدودة ، والعام هو ما ورد ليشمل حالات وأمور غير محصورة ولكنها متجانسة بحيث يستغرق النص جميع ما يصلح له .

وتنقسم النصوص من حيث دلالتها اى فهم معناها الى نوعين : قطعى الدلالة وظنى الدلالة . والنوع الاول هو النصوص التى لا تدل الا على معنى واحد ، اما النوع الثانى فهو الذى يحتمل أكثر من معنى .

ولا خلاف بين العلماء على أن النص الخاص قطعى الدلالة ، كما لاخلاف بينهم على أن دلالة العام بعد التخصيص ظنية . ولكنهم اختلفوا حول دلالة العام الذى لم يخصص على مدى استغراقه لجميع أفراده . فذهب فريق بينهم وعلى رأسهم المالكية الى أن دلالته ظنية تأسيسا على ان كل حكم عام يحتمل التخصيص والقطع لا يثبت مع الاحتمال . اما الفريق الثانى وعلى
=

قطعية الثبوت لأنها وصلت الينا بطريق التواتر . ولكن دلالة النصوص — على ما تتضمنه من أحكام تنظم مصالح الناس — فانها تارة تكون قطعية وأخرى تكون ظنية . فاذا كان اللفظ الوراد فى النص لا يحتمل الا مدلولا واحدا كانت دلالته فى هذه الحالة قطعية ، كما فى مقدار نصيب كل وارث فى آيات المواريث ومقدار العقوبة ونوعها فى آيات الحدود (مثل قوله تعالى فى سورة النساء : ١٢ « ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن لهن ولد ... » وقوله تعالى (سورة النور : ٤) « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ... ») . أما ان كان اللفظ القرآنى عاما أو مشتركا أو مطلقا كانت دلالته ظنية ، لأن اللفظ يحتمل أكثر من معنى ، مما يسوغ معه الأجتهاد لترجيح أحد المعانى . ومن أمثلة ذلك قوله تعالى (سورة البقرة : ٢٢٨) « والمطلقات يتربصن بأنفسهم ثلاثة قروء » . فالقرء له معنيان فى لغة العرب أحدهما الحيضة وثانيهما الطهر بين الحيضتين . ولذلك اختلف الرأى فالحجازيون (أهل الحديث) يأخذونه بمعنى الطهر ، أما عند العراقيين (أهل الرأى) فهو الحيضة نفسها . وفضلا عن تنوع الدلالات ما بين قطعية وظنية فانهـا تتنوع حسب درجة طلب المصلحة وهـذه تنحصر فى جلب النفع للناس أو درء الضرر عنهم . وهذه المصلحة بنوعيها تتدرج من الضروريات الى الكماليات الى التحسينات تبعا لأهميتها فى الحفاظ على كيان المجتمع . ولذلك يتدرج طلب المصلحة التى تجلب نفعا للناس من الوجوب الى الندب الى الاباحة ، كما يتدرج طلب المصلحة التى تدرا الضرر عن الناس من الكراهة الى التحريم .

حجيته ومنزلته فى الاستدلال : يعتبر القرآن المصدر الأول لأحكام الشريعة أما بقية المصادر فهى تابعة له ومتفرعه عنه ، ومن ثم يحتل المرتبة

=

رأسهم الحنفية فعندهم ان دلالة العام الذى لم يخصص قطعية لان اللفظ متى وضع لمعنى كان هذا المعنى لازما له حتى يقوم دليل على خلاف ذلك ، والفاظ العموم موضوعة للعموم فلزم أن تستغرق حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك . ولا خلاف بين العلماء على أن المشترك والمطلق ظنى الدلالة .

أنظر فى تفصيل ذلك : البرديسى ، ص ٣٦٠ و ٣٩٥ وما بعدها .

الأولى فى الاستدلال ، فلا يجوز العدول عنه الى غيره الا اذا خلا من حكم للحالة المعروضة . ومن ناحية أخرى فان كل ما تضمنه من أحكام صريحة أو مستنبطة تعتبر ملزمة وواجبة الاتباع ولا يجوز مخالفتها.وهذا الالتزام باتباع أحكامه وصدارته لسائر الأدلة يرجع الى أنه كلام الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه . ولا خلاف بين المسلمين بجميع مذاهبهم وطوائفهم على حجية القرآن وصدارته لجميع الأدلة .

المبحث الثالث

السنة (١)

تعريفها : هى ما صدر عن النبى صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير . والسنة القولية هى ما تلفظ بها ، والسنة الفعلية هى ما صدر عنه من أفعال مثل كيفية أدائه للصلاة . أما السنة التقريرية فهى رضاه عن أمور حدثت من الغير فى حضرته أو فى غيبته وعلمه بها ، ومظهر هذا الرضا هو سكوته وعدم انكاره أو موافقته واظهار استحسانه . ومن أمثلة ذلك اقرار النبى صلى الله عليه وسلم لمعاذ بن جبل حين بعثه الى اليمن فقال له بماذا تقضى ؟ قال : أقضى بكتاب الله . قال : فان لم تجد ؟ قال فبسنة رسول الله . قال فان لم تجد ؟ قال اجتهد رأيى ولا آلو . فضرب الرسول على صدره وقال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

والسنة بالمعنى سالف الذكر مرادف لتعبير الحديث مع ملاحظة أن

(١) يقصد بالسنة فى اللغة الطريقة والنهج حسنة كانت أو سيئة ، وفى القديم كان يقصد باصطلاح السنة سنة السلف دونما تمييز بين ما صدر عن الرسول وما صدر عن الصحابة ، ولذلك جرى الفقهاء الاوائل على التمييز بين السنة والحديث واختص اصطلاح الحديث بسنة الرسول وحدها . ومنذ القرن الثانى الهجرى ، وخاصة منذ وضع الامام الشافعى رسالته فى علم الأصول أصبح اصطلاح السنة اذا اطلق ينصرف الى سنة النبى عليه الصلاة والسلام وحده .

أنظر ، صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٤٦ .

الامام الشافعي كان يسمي — في كتابه الأم — الأحاديث بالأخبار ويستعمل ذات التعبير الشيعة في كتب الحديث عندهم .

التمييز بين السنة التشريعية والسنة غير التشريعية (١) : يجب التمييز بين ما يصدر عن الرسول عليه الصلاة والسلام باعتباره مشرعا يوحى اليه، وتلك التي تصدر عنه بمقتضى الجبلة البشرية أو بمقتضى الخبرة والتجربة في الشئون الدنيوية وما اختصه به الوحي الالهي . فكل الأفعال التي تمليها الطبيعة البشرية من مأكل وملبس ومشرب . وهي ما تسمى بالسنة الجبلية ليست ملزمة للمسلمين . كذلك الأفعال والأقوال التي تصدر عنه صلوات الله وسلامه عليه بمقتضى خبرته وتجربته في أمور الحياة كشئون التجارة والزراعة والطب والحرب وغيرها ولم يكن مصدرها الوحي الالهي ليست واجبة الاتباع (٢) . وكذلك ما أختصه به الوحي الالهي مثل الجمع بين أكثر من أربع زوجات فهو حكم خاص به ولا يجوز الاقتداء به .

جمعها وتدوينها (٣) : لم يحدث تدوين للسنة في عهد الرسول صلى

---

(١) أنظر : البرديسي ، أصول الفقه : ص ٢٠٨ وما بعدها ; عبد الحميد متولي : الشريعة الاسلامية كمصدر اساسي للدستور : ص ١٠٥ وما بعدها ; عبد الوهاب خلاف . مصادر التشريع الاسلامي مرنه . منشور في مجلة القانون والاقتصاد ، عام ١٩٤٥ ، ص ٢٥٢ وما بعدها .

وهناك بعض العلماء يفرقون بين السنة التشريعية العامة والسنة التشريعية الوقتية ، انظر عبد الحميد متولي ، الشريعة كمصدر . ص ١٠٢ وما بعدها .

(٢) ومن امثلة ذلك ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم حينما مر بقوم بالمدينة فوجدهم يأبرون النخل فقال لهم : لو لم تفعلوا لصلح : فتركوه فلم ينمر النخل الا شيصا . ثم مر بهم بعد ذلك فسألهم : ما لنخلكم ؟ فلما علم منهم ما كان من امر تمره قال لهم «انتم اعلم بأمور دنياكم» . وكذلك ماروى عنه حينما اراد في غزوة بدر ان ينزل الجيش في مكان معين فسأله بعض اصحابه أهذا منزل انزلك الله اياه ، هو الحرب والراى والمكيدة فقال هو الحرب والرأى والمكيدة فقال الصحابي لا يصلح هذا منزلا واشار على الرسول الكريم بنزول الجيش في مكان آخر فاستجاب له .

(٣) انظر . احمد امين . فجر الاسلام . ص ٢٠٨ وما بعدها ; ضحى الاسلام ، ج ٢ ، ص ١٠٦ وما بعدها .

الله عليه وسلم (١) . ويروى أن الخليفة عمر (توفى عام ٢٣ هـ .) اتجه الى جمعها وتدوينها ثم عدل عن رأيه مخافة اختلاطها بالقرآن الكريم وانصراف الناس عنه اليها كما حدث لشعوب سابقة على الاسلام . ثم جرى التفكير فى جمعها وتدوينها فى عهد الخليفة الأموى عمر بن العزيز (توفى عام ١٢٠ هـ) خشية ضياعها بعد تفرق العلماء فى الأمصار ولكن الفكرة لم تخرج الى حيز التنفيذ .

وفى العصر العباسى شملت النهضة العلمية — فيما شملت — جمع الحديث وتفسيره ، فاتجه منذ منتصف القرن الثانى الهجرى فريق من العلماء الى ذلك فى مختلف الأمصار وكان هدفهم خدمة التشريع وتسهيل استنباط الأحكام ولذلك رتبت الأحاديث على أبواب الفقه وجمعوا معها أقوال الصحابة وفتاوى التابعين . ولم يصل الينا من هذه الكتب سوى موطأ الإمام مالك ووصف لبعض الكتب الأخرى (٢) .

وفى بداية القرن الثالث الهجرى خطأ التأليف فى الحديث خطوة هامة اذ اتجه الى الاستقلال عن الفقه فرتبت الأحاديث على طريقة «المسانيد»(٣)، أى رتبت على حسب الرواة من الصحابة بصرف النظر عن موضوعها : فمثلا تجمع فى باب واحد كل الأحاديث التى رواها الخليفة عمر سواء ما تعلق منها بالصلاة والمواريث والمعاملات ... الخ ، وقد جرى على هذه

---

(١) لم يأذن الرسول عليه السلام بجمع سنته ولا كتابتها حتى لاتختلط بالقرآن . فظلت محفوظة فى صدور الرجال حتى العصر العباسى . والحديث الشريف يقول « لا تكتبوا عنى ومن كتب عنى غير القرآن فليمحه وحدثوا عنى ولا حرج » .

(٢) ومنها فى مكة : ابن جريج (١٥٠ هـ) وفى المدينة كل من : محمد بن اسحق (١٥١ هـ) ومالك بن أنس (١٧٩ هـ) ، وفى البصرة كل من : الربيع بن صبيح (١٦٠ هـ) وسعيد ابن ابى عروبة (١٥٦ هـ) ، وحماد بن سلمة (١٧٦ هـ) ، وبالكوفة : سفيان الثورى (١٦١ هـ) وبالشام : الأوزاعى (١٥٦ هـ) ، وباليمن : معمر (١٥٣ هـ) وبخراسان : ابن المبارك (١٨١ هـ) وبمصر : الليث بن سعد (١٧٥ هـ) .

(٣) ومن هذه المسانيد نذكر مسند كل من : عبد الله بن موسى العبسى الكوفى ، مسدد بن مسترهد البصرى ، أسد بن موسى الاموى ، نعيم بن حماد الخزاعى .

الطريقة الامام أحمد بن حنبل ولذلك سمى كتابه « مسند أحمد » . ومنهاج المسانيد وان تميز بفصل الأحاديث عن أقوال الصحابة وفتاوى التابعين ، غير أنه من ناحية أخرى لم يتوخ الدقة والتمحيص فيما جمع من أحاديث فتجد الصحيح وغيره ، ولذلك لا ترق كتب المسانيد الى مرتبة الاطمئنان بها .

وخلال القرن الثالث الهجرى نشطت حركة التأليف فى الحديث وتفسيره فاستكمل الحديث وتفسيره استقلاله عن العلوم الأخرى . وتوخى المؤلفون الدقة فيما يجمعون من أحاديث . فاقتصروا على الصحيح منها ووضعوا الضوابط التى استعانوا بها فى التمييز بين الجيد والزائف منها . وجروا فى تصنيفهم على طريقة « المصنفات » أى ترتيب الأحاديث حسب موضوعاتها . وأشهر المجموعات التى وضعت على طريقة « المصنف » ستة مجموعات بين أهل السنة ومثلها عن الشيعة [1] .

وقد لاقى المؤلفون فى السنة عناء شديدا فى جمع الأحاديث وتمحيصها لعدة أسباب منها : ١ — وفاة الصحابة وهم أعرف من غيرهم بالأحاديث وبعضهم توفى دون أن يترك رواة يروون عنهم ، ٢ — تفرق الرواة فى الأمصار المختلفة مع صعوبة الاتصالات فى ذلك الوقت ، فالبخارى مثلا أمضى ستة عشر عاما فى السفر والترحال الى الأمصار لجمع الأحاديث ، ٣ — كثرة التحديث عن الرسول صلى الله عليه وسلم مما أدى الى تضخم

---

(١) هذه المجموعات السائدة بين اهل السنة هى ١ — الجامع الصحيح البخارى (توفى عام ٢٥٦ هـ) ٢ — الصحيح لمسلم (توفى عام ٢٦٢ هـ) ٣ — سنن ابى داود (توفى عام ٢٧٥ هـ) ٤ — جامع الترمذى (توفى عام ٢٧٩هـ) ٥ — سنن ابن ماجه (توفى عام ٢٧٣ هـ) ٦ — سنن النسائى (توفى عام ٣٠٣ هـ) وجرى العمل على تسمية الكتابين الاولين بالصحيحين وعلى تسمية الاربعة الاخرى بكتب السنن الاربعة . ويجب أن نلاحظ ان الشيعة لا تعترف بهذه المجموعات ولكنهم يعترفون بمجموعات اخرى ويسمون الاحاديث بالاخبار ، وهى ما رواها ائمتهم وهى .

١ — الكافى (توفى عام ٣٢٨ هـ) ٢ — من لا يحضره الفقيه لابى جعفر القمى (متوفى ٣٨١ هـ) ٣ — تهذيب الاحكام الطوسى (توفى ٤٦٠ هـ) ٤ — الاستبصار فى احاديث الاحكام للطوسى أيضا ٥ — بحار الأنوار لمحمد المعروف بباقر المجلسى (توفى عام ١١١٠ هـ) ٦ — الوافى للكاشانى الملقب بالفيض (توفى ١٠٩١ هـ) .

عدد الأحاديث كلما ابتعدنا عن عهد الصحابة ، فأحاديث العهد الأموى تزيد عن أحاديث عهد الخلفاء الراشدين وأحاديث العهد العباسى تزيد عن أحاديث العهد الأموى . وقد تميز عصر الخلفاء الراشدين بتحرى الدقة الكاملة فى الأخذ بالأحاديث والتثبت مما يروى فكانوا يتطلبون شهادة عدل صادق تؤكد صحة ما يرويه أحد الرواة . وذلك بالرغم من قرب العهد بالعصر النبوى وقوة الوازع الدينى الذى يحول دون الكذب (١) . وكلما ابتعدنا عن عصر الخلفاء الراشدين زاد وضع الأحاديث وتضخم عددها (٢) .

وكثرة الأحاديث الموضوعة أى المختلقة والمكذوبة ترجع الى عدة أسباب منها : ١ ــ الخلاف الدينى بين المسلمين من ناحية وأصحاب الديانات الأخرى من ناحية ثانية كاليهود والنصارى والمجوس .. الخ ٢ ــ الخلافات السياسية التى ظهرت بعد مقتل عثمان وانقسام المسلمين حول شروط الخلافة الى : سنة وشيعة وخوارج وعدم التحرج فى وضع أحاديث تؤيد هذه الاتجاهات السياسية المتباينة . ٣ ــ انقسام المسلمين الى طوائف فلسفية مختلفة من معتزله ومرجئة وشيعة وخوارج وسنة ومحاولة كل طائفة وضع الأحاديث التى تؤيد وجهة نظرها : ٤ ــ تزايد الخلاف والجدل بين أهل الرأى وأهل السنة ومحاولة كل طائفة تدعيم وجهة نظرها بوضع الأحاديث المؤيدة لها . ٥ ــ تفشى النزعات الشعوبية والقبلية ، ولم يتورع أصحابها عن وضع الأحاديث التى تؤكد فضل الأعاجم على الاسلام

---

(١) يروى الحافظ الذهبى فى تذكرة الحفاظ ان « ابى » روى حديثا امام الخليفة عمر فطلب منه ان يأتيه ببينة على ما يقول . فلما خرج من عنده ذكر للناس ما كان بينه وبين عمر فصدقوا على روايته للحديث فقال عمر : « انى لم اتهمك ، ولكنى احببت ان تثبت » .

(٢) يذكر العلماء ان الاحاديث التى كانت متداولة عندما وضع البخارى كتابه كانت اقرابة ستمائة الف حديث صح عنده منها سبعة آلاف حديث ممها ثلاثة الاف مكررة . انظر احمد امين ، فجر الاسلام ص ٢١١ بينما عدد الاحاديث التى رواها عمر ابن الخطاب كما جاء فى الصحيحين لا تزيد عن واحد وسانين حديثا رغم كثرة ملازمته للنبى صلى الله عليه وسلم ورغم كونه من أعلم الناس بحديثه . انظر . صبحى محمصانى . الاوضاع التشريعية . ص ١٤٨ .

والرد عليها بمثلها من جانب العرب ببيان تفوقهم عليهم . وكذلك الحال بين القبائل العربية المختلفة . ٦ — كل ذلك بالاضافة الى ترخص الناس فى وضع أحاديث الترغيب والترهيب باعتبار أن الباعث على وضعها هو حث الناس على سلوك الطريق القويم .

وأمام هذه الأوضاع لم يجد مؤلفو كتب الحديث بدا من وضع الضوابط والشروط التى تمكنهم من تمحيص الروايات المختلفة بهدف تمييز الصحيح من غيره من الأحاديث . وأهم هذه الشروط أن يكون اسناد الحديث متصلا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ألا يكون فى المتن شذوذ ، أن يكون كل راو من رواته مسلما صادقا ، غير مدلس ولا مختلط ، متصفا بصفات العدالة ، ضابطا متحفظا . سليم الذهن ، قليل الوهم ، سليم الاعتقاد . وهكذا ظهر علم خاص سمى « مصطلح الحديث » حيث وضعت قواعد لتدقيق الحديث وتمحيصه والشروط الواجب توافرها فى الرواة . وبناء على هذه الدراسات ظهر تقسيم السنة الى عدة أقسام من حيث الاحتجاج بها .

اقسام السنة من حيث روايتها : تقسم الأحاديث من حيث درجة اعتمادها طبقا للمعايير سالفة الذكر الى صحيح وحسن وضعيف . والسنة الصحيحة تقسم من حيث ثبوتها الى : متواترة . وآحاد ، ويحتل مرتبة وسطى بينهما نوع آخر يسميه الحنفية : الحديث المشهور . والامام الشافعى يسمى الحديث المتواتر خبر العامة ويسمى أحاديث الآحاد بالأخبار الخاصة .

والحديث المتواتر هو ما رواه عن النبى صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة يؤمن تواطؤهم على الكذب . ثم يرويه عنهم جمع من التابعين يتصفون بذات الصفة . ونقله عنهم جمع من تابعى التابعين يتصفون بذات الصفة . والتواتر قد يكون تواترا فى اللفظ والمعنى وقد يكون فى المعنى فقط مع اختلاف فى بعض الألفاظ . وعدد الاحاديث المتواترة قليل جدا لا يتجاوز بضع عشرة حديثا أكثرها فى أفعال النبى صلى الله عليه وسلم فى العبادات . والحديث المتواتر يفيد العلم واليقين ولذلك يجب العمل به ، فهو قطعي الثبوت . مثله من هذه الناحية مثل القرآن الكريم .

والحديث المشهور(١) يحتل مرتبة وسطى تأتى بعد المتواتر وتتقدم حديث الآحاد ، والحنفية هم الذين استعملوا هذا التعبير . والحديث المشهور هو الحديث الذى يرويه عن الرسول صلى الله عليه وسلم واحد أو أكثر من الصحابة — دون أن يبلغ عددهم حد التواتر — ثم يرويه عنهم جمع من التابعين يصل عددهم الى حد التواتر ، ثم ينقله عنهم جمع من تابعى التابعين يصل عددهم الى درجة التواتر . ويشترط فى الرواة من كل طبقة من الطبقات الثلاث (الصحابة ، التابعين ، تابعى التابعين) أن يمتنع عادة اتفاقهم على الكذب . والمقصود بالاشتهار الرواية التى تصل الى حد التواتر فى القرنين الثانى والثالث الهجرى ؛ أى فى عصر التابعين وتابعى التابعين . أما الاحاديث التى لم تشتهر فى هذا العصر ولكنها اشتهرت فيما بعد حينما نشطت حركة تدوين السنة فانها تظل أحاديث آحاد ، وهذا ما يفرق بين أحاديث الآحاد والأحاديث المشهورة . أما ان كان الاشتهار قد حدث فى عهد الصحابة وما تلاه فان روايته تكون قد بلغت حد التواتر فيكون حديثا متواترا ، وهذا هو ما يفرق بين الحديث المتواتر والحديث المشهور . والحديث المشهور وان كان لم يصل الى حد التواتر الا أنه يفيد العلم الضرورى ويبعث على الطمأنينة والظن القريب من اليقين . ولذلك يتعين الأخذ به مثله فى ذلك مثل المتواتر (٢) .

أما أحاديث الآحاد — وهى أكثر ما وصلنا من أحاديث — فهى مارواه واحد أو أكثر من الصحابة لا يبلغ عددهم درجة التواتر ثم رواه عنهم واحد أو أكثر لا يبلغ حد التواتر من التابعين ثم نقله عنهم واحد أو أكثر لا يبلغ عددهم حد التواتر من تابعى التابعين ، ولم يصل فى عهد

---

(١) انظر : البرديسى ، اصول الفقه ، ص ١٩٦ .

(٢) وتطبيقا لذلك اجاز الحنفية تقييد الاطلاق الوارد فى الآية الكريمة (سورة النساء : ١١) « ... من بعد وصية يوصى بها أو دين » بالحديث المشهور الذى منع الوصية باكثر من الثلث كثير . وكذلك اباحوا تخصيص الحكم العام الوارد فى قوله تعالى فى سورة المائدة : ٣ « حرمت عليكم الميتة .. » بالحديث المشهور عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » . وبهذا التخصيص أصبح المراد بالتحريم ميتة البر لا البحر . انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ؛ ص ١٧٧ .

التابعين الى درجة الاشتهار • وبالرغم من اشتهار كل الأحاديث — بما فيها أحاديث الآحاد — بعد عهد تابعى التابعين بسبب تدوين السنة ودراستها الا أنها تظل أحاديث آحاد لأن العبرة فى الاشتهار بعهد التابعين وتابعى التابعين فقط فلا يعتد بالاشتهار التالى لذلك العهد (١) • ومن المتفق عليه بين العلماء أن أحاديث الآحاد ظنية الثبوت وقد تباينت الآراء فى مدى حجية أحاديث الآحاد ومرتبتها فى الاستدلال • فذهب الخوارج والمعتزلة الى عدم الأخذ بأحاديث الآحاد لانها تفيد الظن لا القطع • أما جمهور العلماء فذهبوا الى الاخذ بها اذا استوفت شروط الرواية لان الظن الراجح يكفى فى الأمور العملية •

مكانة السنة من القرآن : تتضمن السنة كثيرا من الأحكام بعضها يتعلق بأمور العقيدة وبعضها الآخر يتعلق بالأخلاق ، ونوع ثالث خاص بالأحكام التشريعية وهو ما يعنينا • والسنة — كما سبق بيانه — تعتبر المصدر الثانى للفقه الاسلامى . فهى تلى الكتاب وتابعة له ولكنها تتقدم غير الكتاب من الأدلة لأنها ملهمة من الله تعالى — كما سبق القول • ودور السنة بالنسبة للقرآن الكريم — على حد تعبير ابن القيم (٢) (٧٥١ هـ) هو « السنة مع القرآن على ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون موافقة له من كل وجه فيكون توارد القرآن والسنة على الحكم الواحد من باب توارد الأدلة وتضافرها ، والثانى أن تكون بيانا لما أريد بالقرآن وتفسيرا له ، والثالث أن تكون موجبة لحكم سكت القرآن عن ايجابه أو محرمة لما سكت عن تحريمه ، ولا تخرج عن هذه الأقسام فلا تعارض القرآن بوجه »• وسنعرض بايجاز لكل وجه من هذه الأوجه •

١ — السنة المؤكدة لما فى القرآن الكريم : وهذا النوع من السنة لا يدخل تحت الحصر ، فقد رددت السنة كثيرا مما جاء من أحكام فى القرآن الكريم •

---

(١) انظر : ابو زهرة . مصادر الفقه ، ص ١٣٥ .

(٢) أنظر : ابن القيم . اعلام الموقعين . ج ٢ . ص ٢٢٣ .

٢ — السنة المبينة لما في القرآن الكريم : دل القرآن الكريم فى أكثر من موضوع على دور السنة فى بيان أحكام القرآن ، ومن ذلك قوله تعالى: « وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس ما نزل اليهم » فدور السنة — على حد قول الشاطبى (١) « تفصيل مجمله . وبيان مشكله . وبسط مختصره ، وذلك لأنها بيان له » . ولذلك قامت السنة ببيان المجمل وتقيد المطلق وتخصيص العام .

يحفل القرآن الكريم بكثير من الآيات المجملة وآيات الأحكام الكلية، والسنة تكفلت ببيان هذا الاجمال وتفصيل ما جاء به من كليات . فمعظم أحكام العبادات من صلاة وصوم وحج جاءت مجملة . والسنة هى التى وضحت ذلك . وكذلك الحال بالنسبة لبعض أحكام المعاملات ، فالقرآن الكريم حرم السرقة وحدد عقوبتها بقوله تعالى فى سورة المائدة : ٣٨ « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله» والسنة هى التى حددت شروط السرقة والجزء الذى يقطع . والقرآن الكريم أحل البيع وحرم الربا فى سورة البقرة : ٢٧٥ « وأحل الله البيع وحرم الربا » والسنة هى التى حددت كثيرا من شروط البيع . كما أنها بينت حدود الربا وما يكون فيه من الاموال .

وقامت السنة بدور رئيسى فى تخصيص النصوص العامة ، منها فى خصوص المواريث (سورة النساء : ١١) يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين .. » . فالآية جاءت بحكم عام فى الارث ولكن السنة خصصته باشتراط ألا يكون الوارث قاتلا لقوله صلى الله عليه وسلم « لا يرث القاتل » . ومنها الحديث الذى أباح أكل ميته البحر كالسمك . وبذلك خصصت الآية القرآنية التى تحرم أكل الميته ، كما سبق القول (٢) .

وفضلا عن دور السنة فى بيان المجمل وتخصيص العام فانها قيدت

---

(١) انظر : الشاطبى ، الموافقات ، جـ ٣ ، ص ٣٣٦ وما بعدها ; جـ ٤ ، ص ١٢ وما بعدها .

(٢) أنظر ما قبله . ص ٧٠ هامش ٢ .

ما ورد مطلقا من أحكام فى نصوص القرآن . كما سبق أن رأينا (١) .

٣ ـ **السنة المنمة لأحكام القرآن :** أوجبت السنة أحكاما سكت عنها القرآن الكريم ، كما أنها حرمت أفعالا سكت القرآن عن تحريمها . ومن أمثلة ذلك توريث الجدة فى تركة حفيدها .

٤ ـ **السنة الناسخة :** لا خلاف بين الفقهاء على جواز نسخ القرآن بالقرآن نفسه ، ولا خلاف أيضا على جواز نسخ السنة بالقرآن ، كما أنه لا خلاف على جواز نسخ السنة بنفسها ، المتواتر بالمتواتر والآحاد بالآحاد . وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى النسخ « الدليل لا ينسخه الا دليل فى مرتبته أو أقوى منه » أما عن نسخ القرآن بالسنة ففيه خلاف بين الفقهاء ، فالبعض يجيزه والبعض الآخر يرفضه ، والخلاف بينهم ينحصر فى دور السنة المتواترة ، أما ما عداها فلا خلاف بينهم على عدم جوازه ، ويحدد الآمدى (٢) (وهو من الشافعية وتوفى عام ٦٣١ هـ) الآراء على الوجه الآتى : « قطع الشافعى وأكثر أصحابه ، وأكثر أهل الظاهر ، بامتناع نسخ الكتاب بالسنة المتواترة ، واليه ذهب أحمد بن حنبل فى احدى الروايتين عنه ، وأجاز ذلك جمهور المتكلمين من الأشاعرة والمعتزلة ، ومن الفقهاء مالك وأصحاب أبى حنيفة » وحجة مانعى النسخ أن السنة أدنى مرتبة من القرآن ، وحجة مجيزى النسخ ـ على حد قول الامام الغزالى (٣) (وهو من الشافعية ، وتوفى عام ٥٠٥ هـ) « يجوز نسخ القرآن بالسنة والسنة بالقرآن ، لأن الكل من عند الله عز وجل فما المانع ... كيف وقد دل السمع على وقوعه » .

والقائلون بجواز نسخ القرآن بالسنة المتواترة اختلفوا فيما بينهم مابين مقل ومكثر فى عدد الآيات التى وقع فيها النسخ فعلا . ومن بين هذه الآيات المنسوخة قوله تعالى فى سورة البقرة : ١٨٠ « كتب عليكم اذا حضر أحدكم

---

(١) انظر ما قبله ، ص ٧٠ هامش ٢ .
(٢) انظر : الأمدى ، الاحكام فى اصول الأحكام ، ج ٣ ، ص ٢١٧ .
(٣) انظر : الغزالى ، المستصفى ، ج ١ ، ص ١٢٤ .

الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين » فقد نسخها الحديث القائل « لا وصية لوارث » .

حجية السنة : يكاد ينعقد الاجماع بين العلماء على أن السنة هى الأصل الثانى بعد القرآن الكريم ، وأنها تعتبر مصدرا قائما بذاته . غير أن هناك رأى شاذ ينكر حجية السنة جملة ، وأنصار هذا الرأى ظهروا — كما يقول الامامى الشافعى فى كتابيه الأم ، جماع العلم — فى البصرة التى كانت مستودعا للنحل المختلفة من خوارج ودعاة الاعتزال وبقايا نحل الهنود والفرس . وبجانب هؤلاء نجد من ينكر على السنة حجيتها بذاتها ولا يقبل منها الا ماكان بيانا لحكم قرآنى . أما الجمهور فيذهب الى أن للسنة حجية قائمة بذاتها ويعتبرونها الدليل الثانى بعد القرآن . وان كانوا يختلفون فيما بينهم فى وسائل التثبت فيما روى من أحاديث وبالتالى فى ما يأخذون به وما يتركونه من أحاديث . فالخوارج مثلا لا يعتمدون من الحديث الا ما روى عن طريق رجالهم ، وكذلك الشيعة فانهم لا يعترفون الا بالأحاديث التى رواها رجالهم . وفيما بين أهل السنة نجد المتشددين كما نجد المتساهلين فى اعتماد الأحاديث (٢) .

ونتيجة للاختلاف فى رواية السنة اختلفت الآراء فى شأن ثبوتها وبالتالى فى حجيتها . فما كان منها قطعى لثبوث — وهى الأحاديث المتواترة — وجب العمل بها ، أما ما كان منها قريبا من اليقين ، وهى السنة المشهورة ، فانه يؤخذ بها بشروط معينة . أما أحاديث الآحاد فهى ظنية الثبوت ولذلك تباينت الآراء فى شأن الأخذ بها ما بين المتشددين والمتساهلين . فالبعض لا يأخذ بحديث الآحاد الا اذا توافرت فيه عدة شروط ، ومنهم الحنفية الذين يقدمون عليه القياس اذا كان الراوى من غير الفقهاء ، والبعض الآخر يتساهل فى شروط الأخذ به ويقدمونه على القياس ومنهم المالكية الذين لا يرفضونه الا اذا خالف عمل أهل المدينة وحينئذ يقدمون عملهم عليه . وأدلة الجمهور فى الاحتجاج بالسنة تنحصر فيما يلى : —

---

(١) أنظر : ابو زهرة ، مصادر الفقه الاسلامى ، ص ١١٣ وما بعدها.
(٢) محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٨ .

١ ـــ ما ورد فى القرآن الكريم من آيات تقطع بحجية السنة كمصدر قائم بذاته . منها ما يلزم الناس باتباع الرسول عليه الصلاة والسلام مثل قوله تعالى فى سورة الحشر : ٧ « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ، وقوله تعالى فى سورة النساء : ٥٩ « يا أيها الذين آمنو أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فان تنازعتم فى شيء فردوه الى الله والرسول » . ومن الآيات ما يقرر أن طاعة الرسول من طاعة الله ، مثل قوله تعالى فى سورة النساء : ٨٠ « من يطع الرسول فقد أطاع الله ومن تولى فما أرسلناك عليهم حفيظا » وبعض الآيات يحذر من مخالفته ، مثل قوله تعالى فى سورة النور : ٦٣ « فليحذر الذين يخالفون عن أمره أن تصيبهم فتنه أو يصيبهم عذاب أليم » .

٢ ـــ ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « فى حجة الوداع » تركت فيكم ما أخذتم به لن تضلوا من بعدى : كتاب الله وسنة رسوله .

٣ ـــ اجماع الصحابة ـــ حال حياة الرسول صلوات الله وسلامه عليه ـــ على اتباع سنته وامتثال أوامره واجتناب نواهيه ، والتزامهم ـــ بعد وفاته ـــ بسنته ، بعد التثبت منها ، اذا لم يجدوا حكما فى الكتاب . ونجد مصداقا لذلك ما كتبه الخليفة عمر لشريح بن الحارث الكندى حين ولاه قضاء الكوفه فيقول له « ان جاءك شيء فى كتاب الله فاقض به ولا يلفتك رجال ، فان جاءك ماليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسول الله عليه وسلم ، ولم يتكلم فيه أحد قبلك ، فاختر أى الأمرين شئت : ان شئت أن تجتهد برأيك فتقدم ، وان شئت أن تتأخر فتأخر ، ولا أرى التأخير الاخيرا لك » (١) .

منزلتها فى الاستدلال : لا خلاف بين الفقهاء على أن السنة تحتل المرتبة الثانية بعد القرآن الكريم فى الاستدلال ، ومن ثم لا يجوز الالتجاء اليها الا اذا خلا الكتاب من حكم للقضية المعروضة (٢) ، كما أنها مقدمة على الاجماع

---

(١) انظر ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٩ والمراجع الفقهية التى اشار اليها .

(٢) انظر الحديث الخاص بمعاذ بن جبل السابق الاشارة اليه فى المتن.

والأدلة التبعية . فلا يجوز العدول عنها الى حكم اجتهادى (١) ، كمالايجوز للاجتهاد — وهو أدنى مرتبة من السنة — أن يخالفها .

ولا شك أن النبى صلى الله عليه وسلم كان لا ينطق عن الهوى ، فسبحانه وتعالى يقول فى سورة النجم : ٢ « وما ينطق عن الهوى ، ان هو الا وحى يوحى . علمه شديد القوى » فكان اذا عرضت عليه مسألة أو حدثت حادثة تقتضى حكما انتظر هبوط الوحى . فان نزل بالمراد كان بها ، والا كان ذلك تفويضا له بالاجتهاد فيما عرض . فكان يستلهم روح التشريع الاسلامى . ويستشير أصحابه ثم يتخذ قراره ، فان كان صوابا أقره الله تعالى عليه والا هبط الوحى بالحكم الصحيح . وقد ورد فى القرآن الكريم ما يدل على ذلك (٢) . ولذلك كانت السنة تعبيرا غير مباشر عن الارادة الالهية .

---

(١) يروى الحافظ الذهبى (توفى عام ٧٤٨هـ) فى الجزء الأول من كتابه تذكرة الحفاظ ، عدة امثلة منها أن الخليفتين أبا بكر وعمر كانا اذا لم يجد أيهما حكما فى الكتاب للحالة المعروضة يسألان الناس عما اذا كان احدهم يعرف حديثا عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ويحكم بمقتضاه بعد الاستيثاق من صحته والتثبت من وجوده . من ذلك : حينما جاءت جدة تسأل أبا بكر القضاء لها بميراثها فى حفيدها المتوفى ؛ فقال لها انه لا يعلم لها نصيبا فى الارث فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله ولكنه سيسأل الناس فى ذلك ؛ فقام المغيرة ابن شعبة وقرر انه سمع ان رسول الله قضى للجدة بالسدس فطلب ابو بكر من يشهد بصحة ذلك فصدقه محمد بن مسلمة فقضى لها ابو بكر ؛ وكذلك فعل عمر حينما استشار الناس فى سقط المراة اذا نزل بتعد فقال المغيرة بن شعبة أن الرسول قضى فيه بغرة (اى عبد او أمة) فطلب عمر شاهدا فصدقه محمد بن مسلمة ، فقضى بذلك عمر وقال : لو لم اسمع فيه لقضينا بغيره .

انظر . الخضرى ؛ تاريخ التشريع الاسلامى ، ص ١١١ — ١١٢ ؛ محمد يوسف موسى ؛ المدخل ؛ ص ٣١ ؛ محمد أبو زهرة ؛ مصادر الفقه ؛ ص ١٣٠ .

(٢) ومن امثلة ذلك ما حدث حينما استشار الرسول اصحابه بالنسبة للأسرى الذين اسرهم المسلمون فى غزوة بدر ، فكان من راى ابى بكر اخذ الفداء منهم اما عمر فكان من رايه قتلهم . واخذ الرسول بالراى الأول . فنزلت الآيتان الكريمتان (الانفال : ٦٧ و٦٨) « ما كان لنبى أن يكون له اسرى حتى يثخن فى الأرض ، تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة ، والله عزيز حكيم ؛ لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم » .

ومع ذلك يظل الاختلاف واضحا بين القرآن والسنة . فالقرآن لفظا ومعنى من عند الله تعالى ، أما السنة فمعانيها ملهمة من عند الله تعالى ولكن ألفاظها من عند الرسول صلى الله عليه وسلم . كما يختلف القرآن عن السنة من حيث درجة الثبوت ، فالقرآن الكريم قطعى الثبوت لأنه كله نقل الينا بطريق التواتر أما السنة فبعضها قطعى الثبوت ، وأكثرها ظنى الثبوت بالنظر الى تأخر تدوينها والاختلاف فى روايتها — كما رأينا . ولذلك فان السنة تأتى بعد القرآن من حيث المرتبة لأن القطعى مقدم على الظنى . أما حيث دلالة السنة على الأحكام فهى — مثلها فى ذلك مثل القرآن الكريم — قد تكون قطعية الدلالة (مثل حديث : فى خمس من الابل شاه) ، وقد تكون ظنية الدلالة (مثل حديث لانكاح الابولى) .

وقد حدد القرآن الكريم معاملة الأسرى بقوله تعالى « فاذا لقيتم الذين كفروا فضرب الرقاب حتى اذا اثخنتموهم فشدوا الوثاق فاما منا بعد ، واما فداء حتى تضع الحرب اوزارها » . وبذلك جعل لولى الأمر فى خصوص الأسرى الخيار بين امرين : الاول وهو « المن » اى العفو واطلاق سراحهم بـدون مقابل . والثانى « الفداء » أى اخذ العوض ولكن كل ذلك مشروط بالاثخان فى الارض اى المبالغة فى قتل العدو وليس التمكن من الارض ، ولذلك لام المسلمين على قبول الفدية فى اسرى غزوة بدر . ومن امثلة ذلك ايضا حينما قبل الرسول اعتذار بعض المنافقين وبعض المؤمنين عن الاشتراك فى غزوة تبوك ، اذ نزلت الآيتان (التوبة : ٤٢ و٤٣) التى جاء فيها : « عفا الله عنك : لم اذنت لهم حتى يتبين لك الذين صدقوا وتعلم الكاذبين » .

الفصل الثاني

دور تأسيس الفقه الاسلامي

(عصر الصحابة والتابعين ـ عصر الخلفاء الراشدين والامويين)

يبدأ هذا الدور بعد انتقال الرسول الى الرفيق الأعلى (١) (١١ هـ ـ ٦٣٢ م) حتى سقوط الدولة الأموية (١٣٢ هـ ـ ٧٥٠ م) . فهو يشمل من الناحية السياسية عصر الخلفاء الراشدين (١١ ـ ٤٠ هـ ٦٣٢ ـ ٦٦١ م) وعصر الدولة الأموية (٤١ ـ ١٣٢ هـ ٦٦١ ـ ٧٥٠ م) . أما من الناحية الفقهية فهو يشمل عصر الصحابة والتابعين وتابعي التابعين . وقد شهد هذا العصر عدة تطورات اجتماعية واقتصادية وفكرية وسياسية كان لها أثرها في تطور الفقه الاسلامي ، ففيه ظهر الاجتهاد مما أدى الى ظهور دليلين جديدين للاحكام هما الاجماع والقياس ، كما ظهرت الخلافة كنظام للحكم .

وسنقسم هذا الفصل الى مبحثين نخصص أولهما لدراسة التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية ، ونخصص ثانيهما للأدلة الاجتهادية الجديدة .

---

(١) حينما توفى الرسول عليه الصلاة والسلام (٦٣٢ م ، ١١ هـ) كانت اكثر اجزاء الجزيرة العربية تدين بالاسلام وتدخل ضمن الدولة الاسلامية وبعد وفاته بقليل بدأ المسلمون العرب في طرد الفرس والرومان من معظم البلاد التي كانوا يحتلونها . ففتحوا العراق ـ وكان خاضعا لسلطان الفرس ـ واسسوا به مدينة البصرة عام ١٥ هـ (٦٣٦ م) ، والكوفة عام ١٧ هـ (٦٣٨ م) ، وتم فتح فارس نفسها (٢١ هـ ٦٤١ م) وفي نفس الوقت تابعوا فتوحاتهم للبلاد التي كانت خاضعة النفوذ الامبراطورية الرومانية البيزنطية فتم لهم فتح الشام (سقط حصن بصرى عام ١٦ هـ ، ٦٣٧ م . وسقطت دمشق عام ١٤ هـ ، ٦٣٥ م ، وتسلموا بيت المقدس عام ١٦ هـ ، ٦٣٦ م) ، واستولوا على مصر عام ٢٠ هـ ، ٦٤٢ م . ثم تابعوا فتوحاتهم في شمال افريقية . وفي عهد الوليد بن عبد الملك (٨٦ هـ ٧٠٥ م) فتحت بلاد السند وبخارى وخوارزم وسمرقند الى كاشغر ، كما فتحت الاندلس عام ١٣٨ هـ ٧٥٦ م .

انظر احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٨٤ ـ ٨٥ ، حسيني ، الادارة العربية ، ص ٨ ، في خصوص مصر ، انظر سيدة اسماعيل الكاشف ، مصر في عهد الولاة .

المبحث الأول

التطورات الاجتماعية والاقتصادية والفكرية والسياسية

المطلب الاول

التطورات الاجتماعية والاقتصادية

حدثان هامان : شهد هذا العصر عدة أحداث هامة كان لها أثر بالغ فى النواحى الاجتماعية والاقتصادية • ومن أبرز هذه الأحداث :

١ ـ **اتساع رقعة الدولة الاسلامية :** حينما توفى الرسول عليه الصلاة والسلام كانت حدود الدولة الاسلامية قد امتدت الى أكثر أجزاء الجزيرة العربية ، ولكنها لم تكن تجاوزها • وخلال القرن الأول وحتى قبل منتصف القرن الثانى امتدت حدود الدولة الاسلامية (دار الاسلام) حتى حدود الصين شرقا والمحيط الهندى جنوبا والمحيط الأطلس غربا ووصلت حدودها الشمالية الى بحر قزوين والبحر الأسود وجزر البحر الابيض المتوسط وجنوب ايطاليا وجنوب فرنسا وكل الأندلس • وقد صاحب تلك الفتوحات دخول كثير من سكانها فى الاسلام واختلاطهم بالفاتحين كما نتج عنها تدفق الأموال على أبناء الجزيرة •

٢ ـ **هجرة الصحابة :** ترتب على كثرة الفتوحات الاسلامية هجرة بعض أبناء الجزيرة العربية الى البلاد المفتوحة واقامتهم بها • ولم يكن الحال كذلك بالنسبة للصحابة حتى وفاة الخليفة عمر ، فقد منعهم من ترك المدينة المنورة لحاجته اليهم للتشاور فى أمور المسلمين فضلا عن خوفه من افتتان الناس بهم •

ولم يستمر الأمر على هذا النحو بعد وفاته اذ هاجر كثير من الصحابه والتابعين واستقروا فى البلاد المفتوحة يبصرون الناس بأحكام الشريعة •

اهم معالم التطورات الاجتماعية والاقتصادية واثارها : كان لامتداد الفتوحات الاسلامية وهجرة الصحابة الى الأمصار آثار عديدة اتخذت شكل الظواهر الاجتماعية • ومن أبرز هذه الظواهر والآثار :

١ ـ التفاوت بين الدخول : كان من أبرز نتائج كثرة الغنائم الاسلامية ـ منذ عهد الخليفة عمر وطيلة العصر الاموى ـ تدفق الأموال على العرب الفاتحين واختلاط الفاتحين بأبناء البلاد المفتوحة . وهم شعوب ذات مدنية وحضارة أرقى من العرب وتقدم مما أدى الى تخلى العرب عن حياة البداوة والتقشف والاتجاه نحو حياة الترف كما أدى الى هجرة الناس الى المدن حيث الحضارة . وكان للسياسة الاقتصادية والمالية التى بدأت فى عهد الخليفة عثمان واستقرت طيلة العصر الأموى ـ وهى سياسة مغايرة للأسس التى وضعها الخليفة عمر ـ أثرها فى التفاوت الكبير بين دخول الأفراد . وساعد على ذلك ما جرى عليه هؤلاء من تمييز العرب على غيرهم من أبناء البلاد المفتوحة ـ ويسمون الموالى ـ وتمييز أبناء البيت الأموى الحاكم على غيرهم من العرب ، سواء العطاء أم فى تملك الأراضى أم فى شغل الوظائف العليا فى الدولة . مما أثار حفيظة الموالى فى مواجهة العرب وأحيا النزعة الشعوبية ، كما اثار حفيظة العرب ضد البيت الأموى فانبعثت العصبية الجاهلية التى قضى عليها الاسلام وسياسة الخليفتين أبى بكر وعمر . ونتيجة لهذه السياسة تحولت كثير من الأراضى الخراجية ـ وهى تأخذ حكم الوقف وتظل ملكيتها للدولة ـ الى أراضى عشورية . وهى مملوكة للافراد (١) . وكان لكل ذلك ردود فعل عنيفة من جانب الموالى

---

(١) كان النظام الاقتصادى الذى وضع أسسه الخليفه عمر يسوى بين الارض التى فتحت عنوة وتلك التى فتحت صلحا ففى الحالين تبقى الارض فى أيدى أصحابها ويدفعون عنها الخراج وهو اكثر من العشر وتظل هذه الارض ملكا للمسلمين جميعا ـ أى الدولة ـ تأخذ حكم الوقف . وبذلك حرم على المسلمين الفاتحين تملك هذه الارض ، وعوضهم عن ذلك تقرير عطاء سخى من الدولة لهم . أما الاراضى العشورية فهى الاراضى المملوكة للمسلمين ملكية فردية ويدفعون عنها العشر من ربعها . أما فى العهد الاموى فقد تمكن كثير من ذوى السلطان من وضع يدهم على الأراضى الخراجية مقابل دفع خراجها تحت اسم ايجار الارض ثم سمح لهم بامتلاكها ودفع العشر عنها . وفى مقابل ذلك أبطل العمل بنظام العطاء . ومن ناحية أخرى اقطعت لذوى النفوذ الأراضى التى آلت ملكيتها الى بيت المال نتيجة لمصادرتها أو لعدم وجود وارث لها مثل الاراضى التى كانت مملوكة للمعابد والملوك والامراء قبل الفتح .

انظر فى تفصيل نظام الخراج وجباية الضرائب : محمد ضياء الدين الريس . الخراج والنظم المالية للدولة الاسلامية . الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٦٩ ص ١١٤ وما بعدها ؛ حسينى . الادارة العربية . ص ٢١٥ وما بعدها .

والعرب على سواء تمثلت فى ظهور تيارات فكرية وسياسية جديدة وانتشار روح التذمر وعدم الرضا عن الأوضاع القائمة فأودت بحياة الخليفة عثمان وقضت على الدولة الأموية ذاتها .

٢ — **تيارات فكرية جديدة** : كان من نتائج طغيان المادة فى أعقاب الفتوحات الاسلامية — وماصاحبهامن ظهور أجيال جديدة من العرب والعجم لا يرقى ايمانها والتضحية فى سبيل الصالح العام الى ذات مستوى الجيل الأول الذى عاصر تأسيس الدولة الاسلامية — أن برزت المطامع الفردية واحتدم النزاع على السلطة واتسعت الهوة بين المثل العليا ألاسلامية وما يجرى عليه العمل بعد الخليفة عمر .

ومن أبرز مظاهر ردود الفعل ضد طغيان المادة ما نادى به بعض المفكرين على رأسهم أبو ذو الغفارى الذى دعا الى التقشف وعدم اكتناز الأموال وعدم الاندفاع فى التملك وذهب الى حد القول بأن « المسلم لا ينبغى له أن يكون فى ملكه أكثر من قوت يومه وليلته » . واعتنق الفقراء هذه الآراء وحقدوا على الاغنياء مما دفع هؤلاء الى الشكوى الى الخليفة معاوية فنفاه الى احدى ضواحى المدينة .

ومن مظاهر عدم رضا العرب على سياسة محاباة بنى أمية وقريش بصفة عامة انكار فريق من المفكرين — على رأسهم الخوارج — حق قريش فى الاستئثار بالخلافة والامارة وغيرهما وذهبوا الى أنها ينبغى أن تكون مشاعا بين المسلمين يتولاها أصلحهم (١) .

وتبلورت حالة عدم الرضا والتذمر فى مطالبة الخليفة عثمان باعمال مبادىء الشورى التى يقوم عليها نظام الحكم الاسلامى . فطالبوه بعزل بعض ولاته الذين حادوا عن جادة الصواب واستجاب لهم ، ثم طالبوه

---

(١) يروى ابن الاثير (توفى عام ٦٣٠ هـ) فى كتابة الكامل فى التاريخ ، جـ ٣ ، ص ٥٣ عن حوادث عام ٣٣ أن قوما من الأزدومن تميم أنكروا على قريش حقها فى صدارة العرب .

بخلع نفسه لما أخذوه عليه من ضعف ولمحاباته لبنى أمية فلما رفض ثاروا عليه وقتلوه .

وتبلورت مظاهر السخط من جانب الموالى ورفضهم لصدارة العرب للمجتمع الاسلامى فى ظهور تيار فكرى يتستر بالدعـوى لآل البيت وأحقيتهم بالخلافة ــ حينما نشأ الخلاف بين على ومعاوية على الحكم ــ وابتكروا آراء يخلطون فيها بين المفهوم الاسلامى للحكم وما ألفوه من فكر المجوس وغيرهم . ومن أبرز هذه التيارات ما ابتكره عبد الله بن سبأ فى الوصاية والرجعة وتأليه الامام على . وكانت هذه الآراء هى البذرة الأولى لأفكار الشيعة ، ويصف المؤرخون أتباعه بأنهم « غلاة الشيعة » « السبئية » ويعتبرونهم فرقة خاصة من الشيعة وجمهور المسلمين يرفض آراءهم (١) .

٣ ــ شيوع التحديث عن الرسول : لم يتورع أنصار الفرق المختلفة التى ظهرت فى العصر الأموى عن اختلاق الأحاديث ونسبتها الى الرسول لتدعيم وجهة نظرهم . وكان التأخير فى تدوين السنة فرصة مواتية لهم . وكان الحال على خلاف ذلك فى عهد الخلفاء الراشـدين الذين كانوا يتشددون فى التثبت فيما يروى عن الرسول . .

---

(١) يحيط الغموض بشخصية عبد الله بن سبأ والراجح بين العلماء انه من اهل اليمن ولد من أمة سوداء واعتنق الاسلام فى عهد الخليفة عثمان وكان له دور بارز فى تأليب الناس ضد عثمان . ويذكر بعض المؤرخين انه أثر فى تفكير أبى ذر الغفارى وما دعا اليه من أفكار شبيهة بالاشتراكية المتطرفة المعاصرة . انظر ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٩ ، كرد على ؛ الاسلام والحضارة العربية ؛ جـ ٢ . ص ٣٧٤ .

بل ذهب بعض غلاة المعتزلة ــ وهم من رأى الخوارج فى عدم حصر الخلافة فى قريش ــ الى حد تفضيل غير القرشى اذا تساووا فى الصلاحية، وحجتهم فى ذلك أنه يسهل خلعه اذا ظهر فيه سبب يستوجب العزل . وهذه عبارة ضرار ابن عمرو الغطفانى على ما رواه الشهرستانى فى كتابه الملل والنحل جـ ١ ؛ ص ١٤٤ « وزعم ضرار أن الامامة فى غير قريش . حتى اذا اجتمع قرشى ونبطى قدمنا النبطى . اذ هو أقل عددا واضعف وسيلة ، فيمكننا خلعه اذا خالف الشريعة » . انظر ، الريس ، النظريات السياسية الاسلامية ، ص ٢٩٨ .

٤ ـ **تعدد الاراء فى فهم الأحكام والاجتهاد** : ترتب على كثرة الفتوحات الاسلامية دخول كثير من البلاد فى نطاق الدولة الاسلامية . وكانت تسكن هذه البلاد شعوب ذات مدنيات عريقة تفوق مدنية العرب وتتعدد قوانينها وعاداتها وتتباين دياناتها واتجاهاتها السياسية وأكثرهم دخل الاسلام بينما ظل بعضهم على دينه ، وأكثرهم تحدث اللغة العربية بينما حافظ بعضهم على لغته الأصلية . وبالرغم من اتجاه الدولة الأموية الى الحفاظ على الطابع العربى للدولة والحيلولة دون اختلاط العرب المسلمين بغيرهم من الموالى الا أن عملية الانصهار والامتزاج بين العرب والموالى بدأت تحدث وان كانت لم تنضج الا فى العصر العباسى مما كان له أثره فى اللغة والدين والعقائد والفقه الاسلامى وساعد على ذلك أن كثيرا من الصحابة والتابعين قد هاجروا الى البلاد المفتوحة واستقروا فيها ـ منذ عهد الخليفة عثمان وكان عليهم أن يبصروا أهل البلاد المفتوحة بأحكام الشريعة ، وأن يفصلوا فيما يثور بينهم من منازعات وفقا لأحكام الشريعة . وقد واجهوا أحداث ووقائع لم يرد فيها حكم فى الكتاب أو ما صح لديهم من سنة . ولا شك أنهم تأثروا فيما أبدوه من آراء بالأعراف السائدة فى هذه البلاد وما يسود البيئات المختلفة من علاقات متعددة . وكان من الطبيعى أن تختلف وجهات نظرهم فى فهم أحكام القرآن الكريم وفى صحة أو عدم صحة ما يصل الى علمهم من أحاديث نبوية ، وفى اجتهادهم لمواجهة الأحداث والوقائع الجديدة . وغلبت على كل بلد فتاوى وآراء من كان فيه من الصحابة والتابعين . وقد تبلور اختلاف الرأى فى اتجاهين متميزين ، أحدهما مدرسة أهل الحديث ، وأكثر مؤيديها بالحجاز ، وثانيهما أهل الرأى ، وأكثر مؤيديها بالعراق .

المطلب الثانى

نشأة الفرق الاسلامية

من المعروف أن البحث العلمى المنظم لم يبدأ الا فى العصر العباسى ابان النهضة العلمية الكبرى ، ولكن هذا لا يعنى خلو العصر الأموى وعصر الخلفاء الراشدين من قبله من الانتاج الفكرى ، بل على العكس من ذلك تكونت الأسس التى يقوم عليها البحث العلمى وتحدد مضمون كثير من العلوم خاصة الفقه خلال عصر الخلفاء الراشدين والعصر الأموى ، ولكنها ظلت تروى شفاهة حتى تم تدوينها فى العصر العباسى منسوبة الى أصحابها .
وقد شهد العصر الأموى ـ كما سبق أن أوضحنا حالا ـ تحولات اجتماعية واقتصادية فى أعقاب الفتوحات الاسلامية مما دفع المفكرين الى التأمل فيما جاء به الاسلام من مبادىء ونظم فى مختلف المجالات ومقارنتها بنظيرها فى الديانات الأخرى أو فى المذاهب الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المعاصرة لهم ، فاشتد الجدل والمناظرة وحاول كل فريق السعى لنشر آرائه وتكتيل الأنصار من حوله فانقسم المسلمون الى فرق مختلفة منذ منصف القرن الأول الهجرى . وأول فرقة ظهرت فى أعقاب الخلاف بين على ومعاوية هى فرقة « الخوارج » ، وعاصرتها فرقة أخرى عرفت بعد ذلك بقليل باسم « الشيعة » . وكرد فعل لمغالاة الخوارج فى آرائهم وعقيدتهم الدينية ظهرت فرقة « المرجئة » (١) فى أواخر القرن الأول الهجرى ، ثم ظهرت فرقة « المعتزلة » (٢) فى أوائل القرن الثانى الهجرى

---

(١) سموا كذلك نسبة الى الارجاء أى التأخير لانهم يرجئون رتبة العمل عن الايمان ، أو لانهم يرجئون الحكم على مرتكب الكبائر الى يوم الدين . ولذلك اتسموا بالتسامح الدينى فلا يكفر بعضهم بعضا ولذلك كانوا على طرفى نقيض من الخوارج .

أنظر ، أحمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٧٩ .

(٢) سموا كذلك فى أعقاب اعتزال واصل بن عطاء عن استاذه الحسن البصرى لاختلافه معه فى بعض الامور وكون مدرسة جديدة لها منهاجها وتفكيرها . ويذكر البعض أنهم سموا كذلك لانهم اعتزلوا قول الامة فى حكمهم على مرتكب الكبائر فقالوا بأنه فى منزلة بين المنزلتين فلا هو مؤمن
=

لمناقشة ما أثاره الخوارج وغيرهم من قضايا تدور حول الايمان والتكفير والتبرؤ واللعن ... الخ . وبجانب كل هذه الفرق كان هناك عدد كبير من المجتهدين تفرغوا لدراسة الحديث والفقه وكرهوا الخوض فى مسائل العقيدة (علم الكلام) وما تفرع عنها من موضوعات سياسية مثل الامامة. ولم يكن يجمع بين هؤلاء الدفاع عن فكر معين ، ولذلك لم يوصفوا بأنهم « فرقة » بل وصفوا بتعبير أهل الحديث أو العلماء أو القراء ، ثم عرفوا فيما بعد بتعبير جامع هو « أهل السنة » أو « الجماعة » للتمييز بينهم وبين الفرق الأخرى . ومن آرائهم تكونت المذاهب الاسلامية الكبرى ، وهم يكونون الكثرة الساحقة من المسلمين .

وقد غلب على المرجئة والمعتزلة الطابع الدينى والفسفى . أما الخوارج والشيعة فقد ظهروا لأسباب سياسية وكانت لكل فرقة منهما آراؤها الدينية الخاصة كما كان لهما دور فى الفقه . ولذلك سنكتفى باستعراض موجز لهاتين الفرقتين الأخيرتين . اما أهل السنة فسندرس نشأتهم وآراءهم بالتفصيل فى هذا الكتاب لأن آراءهم ستكون هى عماد الدراسة فى الفقه الاسلامى .

§ ١ — الخوارج

نشأتهم : ظهر الخوارج ابان الخلاف الذى قام بين على ومعاوية (١)

=

ولا هو كافر بل هو فاسق وذهب راى آخر الى انهم سموا كذلك نسبة الى فريق من الصحابة الذين اعتزلوا الناس وقت الفتنة بين على ومعاوية .

انظر ، أحمد امين ، فجر الاسلام ص ٢٨٣ ، الريس ، النظريات السياسة الآسلامية ، ص ٧٥ .

(١) استفتح الامام على عهده بالعديد من المشاكل والحروب . فقد تمت مبايعته بالخلافة من جانب الصحابة والتابعين الموجودين بالمدينة وقت مقتل عثمان . غير ان فريقا آخر — على راسهم السيدة عائشة ام المؤمنين وانصار معاوية بالشام — ذهبوا الى عدم انعقاد البيعة للامام على لتغيب كثير من الصحابة والتابعين عن المدينة وتفرقهم فى الامصار اثناء هذه البيعة، واضافوا انهم لا يبايعون علياً حتى يقتص من قتله الخليفة عثمان ، وعلق معاوية قميص عثمان الملطخ بالدماء على المنبر ودعا الناس الى المطالبة بدم

=

بعد مقتل الخليفة عثمان (عام ٣٠ هـ) ، وكانوا من أنصار على ثم أنشقوا عليه لقبوله التحكيم بينه وبين معاوية ، وحكموا بكفره وقالوا قولتهم الشهيرة « لا حكم الا لله » لقوله تعالى « ان الحكم الا لله » ويقصد بذلك عدم جواز العدول عن حكم الله الى حكم الرجال ، وقد بين الله تعالى حكمه فى معاوية وصحبه بقوله تعالى « فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله » وفارقوا معسكر الامام على الى « حروراء » احدى ضواحى الكوفة ، وبعد انتهاء التحكيم واعلان قضاء الحكمين وأثناء اقامتهم فى حروراء انتخبوا « أميرا » (اماما) منهم هو عبد الله بن وهب الزاسبى . واضطر الامام على الى محاربتهم وهزمهم فى موقعة النهروان (عام ٣٨هـ — ٦٥٨ م) فدبروا مكيدة قتله على يد أحدهم هو « عبد الله بن ملجم » عام ٤٠ هـ ، ٦٦٠ م .

تسميتهم : تعددت الاسماء التى لقبت بها هذه الفرقة . فى البداية سموا الحرورية نسبة الى حروراء . وأسموا من جانب خصومهم بالخوارج (١) لأنهم خرجوا على الامام على أو لخروجهم الى المدائن أو لخروجهم على الجماعة وسموا أنفسهم فى العهد الاموى باسم «الشراة» أى الذين باعوا أنفسهم فى سبيل لله ، اشتقاقا من قوله تعالى « ومن الناس

عثمان ومقاتلة على لأنه لم يقتص من قتلة عثمان . وبجانب هذين الفريقين امتنع بعض الصحابة عن مبايعة على واعتزلوا الناس حتى تهدأ الفتنة . ورد الامام على على الناقمين عليه والرافضين بأن بيعته انعقدت صحيحه وتلزم من تأخر عنها قياسا على ما جرى عليه العمل فى عهد الخلفاء السابقين . ودفع عن نفسه تهمة التستر على قتلة عثمان بأنه قتل فى ثورة شعبية ويستحيل معرفة القتلة . ولذلك سرعان ما احتدم القتال بين أنصار على وأنصار السيدة عائشة ومن معها وانهزم جيشها فى موقعة الجمل (٣٦ هـ — ٦٥٦ م) . ثم واجه جيش معاوية فى موقعة صفين على الفرات ، ولما بدت تباشير النصر لجيش على رفع جيش معاوية المصاحف داعين الى التحكيم بين على ومعاوية.

انظر ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥٦ ، الريس النظريات السياسية الاسلامية ص ٥٩ ؛ كرد على الاسلام والحضارة العربية ، ص٣٨٢

(١) يفسر بعض الخوارج هذه التسمية بأنهم خرجوا فى سبيل الله أعمالا لقوله تعالى « ومن يخرج من بيته مهاجرا إلى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله » .

من يشترى نفسه ابتغاء مرضاة الله » • وبعض كتب التاريخ تسميهم « المحكمة » نسبة الى رفضهم التحكيم بين على ومعاوية •

آراؤهم (١) : كان لتتابع الأحداث أثرها فى نضوج فكر الخوارج فى النصف الثانى من القرن الأول الهجرى ، فهزيمتهم فى النهروان واضطهاد معاوية ورجاله لم يفت فى عضدهم فكانوا يقومون بثورات فى أماكن متفرقة ضد الحكم الأموى • وكان للمناظرات التى جرت بينهم وبين خصومهم أثرها فى تحديد معالم نظرياتهم •

وأبرز مبادئهم تتلخص فيما يلى : — ١ — تكون الخلافة لأصلح الناس سواء كان عربيا أم اعجميا ولا يجوز حصرها فى أسرة بعينها أو شعب بعينه والطريق الوحيد لشغلها هو الاختيار من جانب الأمة ، أى الانتخاب ، ومن ثم ينكرون مبدأ توارث الحكم الذى سارت عليه الدولة الاسلامية منذ العهد الأموى • ٢ — وجوب طاعة الخليفة الذى استوفى شروط الخلافة طالما بقى ملتزما بتطبيق أحكام الشريعة • فان حاد عن جادة الصواب أو أفتقد أحد شروط الخلافة أصبح سلطانا جائرا مما يستوجب عزله والخروج عليه ولذلك اشهروا السلاح فى وجه الخلفاء الأمويين والعباسين (٢) • ومن ناحية آخرى لا يجوز للخليفة بعد اختياره أن يتنازل عن الخلافة أو يحكم فيها • ٣ — ان الايمان لا يقتصر على الاعتقاد وحده ؛ بل يعتبر العمل بأوامر الدين ، من صلاة وصيام وصدق وعدل ••• الخ ، جزءا لا يتجزأ من الايمان فمن آمن بما يأمر به الدين وأهمل فى أداء الفرائض أو ارتكب الكبائر فهو كافر • فهم لا يفرقون

---

(١) أنظر فى اراء الخوارج ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥٨ .

(٢) ونتيجة لهذا التفكير قالوا بصحة خلافة ابى بكر وعمر ؛ وعثمان فى سنيه الاولى لانه أتى فى اواخر حكمه من الاعمال ما كان يستوجب عزله ، واقروا بصحة خلافة على ولكنهم خطاؤه فى قبول التحكيم وحكموا بكفره وناهضوا خلفاء بنى امية والعباسيين لانهم فى نظرهم خلفاء جائرون غير عادلين لم تتحقق فيهم شروط الخلافة .

بين الكفر والمعصية اذ أن مخالفة أحكام الشرع فى احدى جزئياته تتساوى — عندهم — مع مخالفته كلية (١) . وهذا التشدد فى أمور الدين دفعهم من ناحية الى القسوة على أنفسهم والمبالغة فى أداء الشعائر الدينية ، كما أدى من ناحية أخرى الى أن بعض طوائفهم تذهب الى حد تكفير معارضيهم واباحة سفك دمائهم ؛ — تأثر فقه الخوارج بالاتجاهات السياسية والدينية سالفة الذكر . فهم ينكرون الأحاديث التى رويت عن طريق الخليفتين عثمان وعلى ومن والاهما ولا يعتمدون سوى الأحاديث التى رويت عن طريق رجالاتهم ، ولذلك كان عدد الأحاديث المعتمدة لديهم قليلا . كما أنهم ينكرون الاجماع كمصدر للأحكام . وكان لكل ذلك أثر كبير فيما انتهوا اليه من آراء فقهية (٢) .

وظل الخوارج يشهرون سلاحهم فى وجه الخلفاء الأمويين والعباسيين ويتخذون موقفا عدائيا منهم ، ويتحينون الفرص لاقامة دولة اسلامية

---

(١) جرى الفقهاء على وصف مخالفة الفرائض او اهمال ادائها بانها « كبائر » جمع كبيرة . وقد عرف الجمهور الفرض او الواجب بانه ما الزم الشارع المكلف به سواء بايجابه ، اى بالامر به ، أو بالنهى عنه .. وهذه الواجبات تمثل اكثر أحكام الفقه الاسلامى . ويقسم الفقهاء الفرض او الواجب بالنظر الى المكلف به الى نوعين : واجب (فرض) عينى ، واجب (فرض) كفائى . والاول هو ما طلب الشارع حصوله من كل فرد بعينه كالصوم والصلاة وترك الخمر وعدم ارتكاب الزنا .. الخ . وتقع تبعة ادائه على الفرد ذاته ولا تبرأ ذمته الا بفعله . اما الفرض الكفائى فهو ما طلب الشارع حصوله من مجموع الامة وليس من كل فرد على حدة ، كالجهاد والامر بالمعروف والنهى عن المنكر .. الخ . وتبعة الوفاء به تقع على عاتق الامة فى مجموعها دون نظر الى الافراد بذواتهم . فاذا قام به بعضهم سقط عن الباقين ، اما اذا اهملت الامة كلها اداءه كان مجموع الامة مسئولا . ومخالفة الفرض بنوعيه (عينى وكفائى) بعدم القيام به أو بتركه يسمى كبيرة . وارتكاب الكبيرة يسمى معصية او فسق ، ومرتكبها يسمى عاصى أو فاسق عند جمهور الفقهاء ، ويقتضى عندهم تطبيق جزاء دنيوى ضده فضلا عن الجزاء الاخروى ولكنه لا يخرجه من دائرة الايمان الى الكفر الا اذا جحد او انكر حكما اعتقاديا ورد به نص قطعى كالشهادتين . أما الخوارج فيعتبرون مرتكب الكبيرة بجميع صورها كافرا .

انظر ، البرديسى ، ص ٥٤ ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ٣٠٧

(٢) انظر ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٨ .

على مبادئهم ، ولكنهم لم ينجحوا فى ذلك أبدا . وبالرغم من عدم نجاحهم فى اقامة دولة لهم ظل فكرهم حيا فى سائر أنحاء العالم الاسلامى حتى الآن ، يقوى حينا ويضعف أحيانا تبعا لضعف أو قوة النظم الحاكمة فى البلاد الاسلامية .

طوائفهم : كان أكثر اتباع الخوارج من العرب البدو ومن فقراء الموالى . وكان اضطهادهم أحد الأسباب الرئيسية لتفرقهم فى البلاد والدفاع عن فكرهم بالسلاح حينا وبالجدل والمناظرة احيانا أخرى . وقد أسفر ذلك عن أنقسامهم الى شيع متعددة منذ أواخر القرن الثانى الهجرى بلغ عددها نحو العشرين . وهم لا يختلفون على المبادىء الكلية سالفة الذكر ولكنهم يختلفون حول التفصيلات مثل الجهاد أو القعود ، التقية أو المجاهرة ، حكم دار المخالفين أهى دار حرب أم دار اسلام وحكم التعامل معهم .. الخ (١) .

وأشهر طوائفهم هى : ١ ــ الأزارقة ، أتباع نافع بن الأزرق وهى أكثر الطوائف تشددا . ٢ ــ الصفرية ، أتباع زياد الأصفر ٣ ــ البيهسية ، أتباع أبى بيهس الهيصم بن جابر . ٤ ــ النجدات ، أتباع نجدة بن عطية بن عامر الحنفى . ٥ ــ الاباضية ، أتباع عبد الله بن اباض التميمى . وهم من المتسامحين بالمقارنة بالأزارقة .

---

(١) من ذلك ما يقوله نافع بن الازرق « أنه لا يحل لاصحابه المؤمنين ان يجيبوا احدا من غيرهم الى الصلاة اذا دعاهم اليها ، ولا أن يأكلوا من ذبائحهم ولا ان يتزوجوا منهم ولا يتوارث الخارجى وغيره ، وهم مثل كفار العرب وعبدة الأوثان ، لا يقبل منهم الا الاسلام والسيف ، ودارهم دار الحرب ، ويحل قتل أطفالهم ونسائهم ، ولا تحل التقية لان الله يقول : « فريق منهم يخشون الناس كخشية الله او اشد خشية » واستحل الغدر بمن خالفه ، وكفر القعدة ، اى الذين يقعدون عن القتال مع قدرتهم عليه ولو كان هؤلاء القعدة على مذهبهم .

انظر ، احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٠ .

§ ٢ — الشـــيعة

تسميتهم : يقصد بالشيعة (١) فى اللغة الاتباع والأنصار ، أما الفقهاء وعلماء الكلام فيقصدون بالشيعة تلك الطائفة من المسلمين التى شايعت الامام على بن أبى طالب وقالت بحصر الخلافة — وتسمى عندهم الامامة — فى على وذريته .. وقد أصبح هذا الاسم علما على هذه الفرقة منذ أواخر القرن الأول الهجرى ، بعد مقتل الحسين فى واقعة كربلاء عام ٦١ هـ ، حينما قام «كيسان» مولى الامام على بالدعوة الى الالتفاف حول محمد بن على — المعروف بابن الحنفية ، نسبة الى أمه خولة بنت جعفر الحنفية — والمناداة به اماما بعد مصرع الحسين أخيه . وعرفت هذه الفرقة فى تاريخ الشيعة باسم الفرقة الكيسانية ، وهى أول فرق الشيعة .

نشأتهم : أدى تطور الأحداث السياسية الى ظهور الشيعة فى منتصف (٢) القرن الأول الهجرى . فأحداث الفتنة الكبرى التى انتهت بمقتل الخليفة عثمان أدت الى حدوث انشقاق بين المسلمين : فريق يشايع عليا وفريق يشايع معاوية . ولما أنشق الخوارج على الامام على — وكانوا من مؤيديه حتى حادثة التحكيم — نهض من ثبتوا معه وقالوا له « فى أعناقنا بيعة ثانية ، نحن أولياء من واليت وأعداء من عاديت » . وكان يجمع بين أنصار على عاطفة المحبة نحو آل البيت والاعجاب بشخصية الامام على

---

(١) أنظر ، ابن خلدون ، المقدمة ، ص٥٢٧ .

(٢) يذهب بعض الباحثين الى أن البذرة الاولى للشيعة ظهرت يوم وفاة الرسول . والواقع أن عليا كان توافا الى تولى الخلافة بعد وفاة الرسول باعتبارها ميراثا أدبيا أولى به قرابة الرسول من بنى هاشم وحجته فى ذلك أن قريشا اعتمدت — بيعة السقيفة لابى بكر — فى أولوية المهاجرين على الانصار فى تولى الخلافة انهم قرابة الرسول وشجرته ، فقال قولته المشهورة عن المهاجرين « احتجت بالشجرة وضيعت الثمرة » ولذلك تأخر فى مبايعة أبى بكر — وهو لم يحضر أجتماع السقيفة لانشغاله فى تجهيز الرسول للدفن — وقد استطال هذا التأخير حتى وفاة زوجته السيدة فاطمة بعد قرابة ثلاثة شهور من وفاة الرسول . غير أن ارجح الروايات تذكر انه سارع الى مبايعة ابى بكر وكان من اكبر معاونيه واخلصهم . وعلى كل حال فقد خفت صوت أولوية بنى هاشم فى الخلافة طيلة مدة خلافة ابى بكر وعمر ، ولم يعد الى الظهور الا ابان أحداث الفتنة الكبرى فى عهد عثمان .

وصفاته . وبعد مقتل الامام على (عام ٤٠ هـ) بايع أنصاره ابنه الحسن ، ولكنه سرعان ما نزل عن الخلافة لمعاوية عام ٤١ هـ الذى عرف بعام الجماعة بعد ما التأم شمل المسلمين ولم يشذ عن ذلك سوى الخوارج والشيعة .

غير أن استحداث نظام ولاية العهد ومبايعة يزيد بن معاوية بها أدى الى توارث الحكم فى البيت الأموى (١) وقضى على أمل بنى هاشم فى تولى الخلافة بالشورى وتحركت العصبية القبلية الجاهلية فلجاوا الى شهر السلاح فى وجه الحكم الأموى وعمد الأمويون بدورهم الى اضطهادهم وسحق ثوراتهم ، ومن أبرزها واقعة كربلاء (عام ٦١ هـ — ٦٨٠ م) والتى انتهت بمقتل الحسين وكل آل البيت ، ولم ينج منهم سوى طفل مريض تركوه فى خيمة بعيدة عن ساحة الوغى هو على زين العابدين بن الحسين . ولكن ذلك لم يفت فى عضد بنى هاشم فى مقاومة الأمويين بل ازدادوا قوة بعد انضمام الفرس — بعد اعتناقهم الاسلام — الى آل البيت ومناصرتهم لهم اما لعاطفة الدين واما لما ربوا عليه من النظر الى البيت المالك ، آل ساسان قبل الاسلام ، نظرة تقديس ، واما انتقاما من الأمويين الذين ساروا على التمييز بين العرب والموالى . وكان لهذه العوامل وغيرها أثرها فى قيام طائفة من الناس — قادتهم من العرب وجنودهم من الفرس — تطالب بدم الحسين ، وعرفوا فى التاريخ باسم « التوابين » . ومنهم نشأت فرقة الكيسانية التى تطالب بالالتفاف حول محمد بن الحنفية ، وخلعوا عليه من صفات التقديس مالا حصر له من صفات ، وأذاعوا بين الناس فكرة المهدى المنتظر والوصاية والرجعة وغيرها من الأفكار التى سبق أن نادى بها عبد الله بن سبأ ، وأصبحت فيما بعد من خصائص الفكر الشيعى بجميع طوائفه وفرقه . والى فرقة الكيسانية ينتمى أبو العباس

---

(١) يروى السيوطى فى كتابه تاريخ الخلفاء ص ٧٩ ، عن الحسن البصرى — وهو من التابعين — انه قال « إفسد أمر هذه الأمة اثنان : عمرو بن العاص يوم اشار على معاوية برفع المصاحف ، والمغيرة بن شعبة حين اشار على معاوية بالبيعة ليزيد ، ولولا ذلك لكانت شورى الى يوم القيامة » .
ذكره . الريس ، النظريات السياسية : ص ٨٣ .

(عبد لله السفاح) مؤسس الدولة العباسية [١] •

وبالرغم من أن الدولة العباسية قامت بمعاونة الشيعة الا أنها تنكرت لهم وأذاقتهم من الاضطهاد ما يزيد عما لاقوه فى العصر الأموى الأمر الذى دفع قادتهم ومفكريهم الى اعادة النظر فى آرائهم ومراجعة النصوص وتفسيرها تفسيرا جديدا وانتهوا الى حصر الخلافة فى على وذريته بعد أن كانوا يطلقونها فى بيت النبوة بصفة عامة •

آراؤهم : أسهمت الأحداث السياسية فى نشوء مذهب الشيعة وتطوره • ففى أواخر عهد الخليفة عثمان ظهرت آراء الشيعة فى صورة اتجاه سياسى ينظر الى الخلافة على أنها ميراث أدبى أولى به قرابة الرسول من بنى هاشم • ثم تطورت الى نظرية سياسية على يد أول فرق الشيعة وهى الفرقة الكيسانية فى أواخر القرن الأول الهجرة • وخلال القرن الثانى وبعد قيام الدولة العباسية اكتملت معالم نظريتهم فى الخلافة وحصرها فى ذرية الامام على كما تحددت اتجاهاتهم الدينية والفقهية على يد فرقة شيعية جديدة هى « الامامية » • وللوصول الى هذا الغرض اعادوا النظر فى وقائع التاريخ وفسروا النصوص بما يؤيد وجهة نظرهم ولم يتورعوا من اختلاق أحاديث نبوية تؤيد فكرتهم فى حصر الخلافة فى الامام على وذريته (٢) • ولذلك كان علماء الشيعة هم أول من تكلم عن الامامة

---

(١) انتقلت الامامة ، بعد وفاة محمد بن الحنفية (عام ٩٨ هـ) • الى ابنه « ابى هاشم » الذى عهد بها الى ابن عمه محمد بن على بن عبد الله بن عباس الذى اعتبر مؤسسا للدعوة العباسية ، وعهد بها الى ابنه ابرهيم الذى أختار أبا مسلم الخراسانى لقيادة الحركة العباسية وقبض عليه الأمويون وأودعوه السجن ، فأوصى بالامامة لأخيه ابى العباس الذى بويع بالخلافة فى الكوفة وقضى على الدولة الأموية فكان أول خليفة عباسى ، ولقب بالسفاح ، وعهد بالخلافة لاخيه ابى جعفر المنصور .

أنظر ، فاروق النبهانى ، نظام الحكم فى الاسلام ، ص ١١١ ؛ الريس ، النظريات السياسية ، ص ٧٤ .

(٢) من بين ما أختلقه الشيعة من احاديث تلك التى تتضمن وصية الرسول بالخلافة لعلى . ومن الثابت ـ على مارددته كتب السيرة والاحاديث عدم وجود مثل هذه الاحاديث ، ويدل على ذلك ماروى عن ابن عباس ان العباس عم الرسول ـ قال لعلى حينما اشتد المرض بالرسول « يا على ... انى

=

وهم أول من وضع مصطلحاتها الفنية وناقشوها فى علم الكلام باعتبارها ركنا فى الدين • وقد تأثر كتاب وباحثو الفرق الأخرى غير الشيعية بهذا المنهج واستعملوا ذات المصطلحات الفنية •

وآراء الشيعة — على اختلاف فرقهم — تتلاقى حول المبادىء الآتية :

١ — الامامة ركن فى الدين : أجمع علماء الشيعة على أن الامامة ركن فى الدين ، ومن لا يقر بامامة على والأئمة من ذريته من بعده فهو كافر خالد فى النار • وتتيجة لذلك لا يعترفون بخلافة بنى أمية والعباسيين ولكنهم يعترفون بخلافة الفاطميين فى مصر • كما أن أكثرهم لا يعترف بامامة الخلفاء الراشدين قبل الامام على (١) • وكل ذلك يرجع الى أن الخلافة ليست من الأمور الاجتهادية بل من أمور العقيدة (٢) •

= والله لارى رسول‌الله سوف يتوفى من وجعه هذا ، انى لأعرف وجوه بنى عبد المطلب عند الموت فانطلق بنا الى رسول الله فان كان هذا الأمر فينا عرفناه ، وان كان فى غيرنا كلمناه فأوصى بنا الناس فقال له على أنى والله لا أفعل ، والله لئن منعناه لا يؤيتناه أحد بعده » .

ذكره الريس ، النظريات السياسية ، ص ٣٧ ، أحمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٦ .

(١) تقول طائفة الزيدية من الشيعة بجواز امامة المفضول ، رغم وجود الأفضل . ولذلك صحت عندهم خلافة كل من ابى بكر وعمر وعثمان بالرغم من ان عليا كان يفضلهم .

ويؤسس الزيدية نظريتهم على أن الأدلة التى اعتمد عليها فى القول بامامة على لم تعينه بالاسم بل بالوصف ، وقد اخطأ الناس فلم يضعوا الوصف فى موضعه واختاروا غير على .

انظر ، الشهرستانى ، الملل والنحل ، ج ١ ، ص ١٦٠ .

(٢) ويعبر عن ذلك ابن خلدون فى مقدمته بقوله « أن الامامة ليست من المصالح العامة التى يفوض نظرها الى الأمة بل هى ركن الدين وقاعدة الاسلام ، ولا يجوز لنبى اغفالها او تفويضها الى الأمة ، بل يجب عليه تعيين الامام لهم يكون معصوما من الكبائر والصغائر ، وأن الامام عليا هو الذى عينه الرسول ، بناء على نصوص أحاديث يذكرها الشيعة وينسبون صدورها الى الرسول . على أن غالبيتها — فيما يرى أهل السنة — مطعون فى صحتها ، وباقيها مطعون فى طريقة تفسيرها » .

٢ ـ نظرية الوصية : تنتج عن اعتبار الامامة ركنا فى الدين ، عدم جواز تفويض نظرها الى الأمة ، لتختار الامام ، بل يتعين على الامام أن يوصى بالامامة لخلف له ، كما فعل الرسول حينما أوصى بها للامام على . ومن هنا يصفون عليا بأنه « الوصى » أى أوصى به الرسول .

٣ ـ عصمة الامام : تنتج عن تصوير الامام بأنه معين من قبل سلفه ــ حتى نصل الى على المعين من قبل الرسول ــ أنه أفضل الخلق جميعا ومعصوم من الخطأ . ومن هنا كان الاعتراف بالامام وطاعته جزءا من الايمان ، وهو فى نفس الوقت يرتفع مقامه على بقية البشر (١) ، فهو قد ورث علم الظاهر وعلم الباطن عن الرسول وورثه لمن يجىء بعده . ولذلك يقـول علماء الشيعة أن الامام خليفة الله على الأرض وخليفة رسول الله . أما أهل السنة فيقصرون الخلافة على خلافة رسول الله . من هنا اعترف للامام عند الشيعة باختصاصات واسعة بالمقارنة بنظيرتها عند أهل السنة . كما اعترفوا بعصمته من الخطأ ، فالامام عند الشيعة « يحل حلال الله ، ويحرم حرام الله » (٢) . وهذا التصور قاد الشيعة الى القول بأن الامام لا يسأل عن أعماله أمام الناس بل أمام الله فقط .

٤ ـ المهدى المنتظر : (نظرية الرجعة) (٣) : من أخطر نتائج تصور

---

(١) ذهب بعض غلاة الشيعة الى حد تاليه الامام على فقالوا ــ على ما يذكر الشهرستانى فى كتابه الملل والنحل جـ ١ ص ٣٠٥ ــ « حل فى على جزء الهى ، واتحد بجسده فيه ، وبه كان يعلم الغيب ، اذ اخبر عن الملاحم وصح الخبر ، وبه كان يحارب الكفار وله النصر والظفر ، وبه قلع باب خيبر ... الخ » . وهذه الأفكار وغيرها ابتدعها عبد الله بن سبأ ولم يدخر جهدا فى هدم الاسلام . فبجانب تلك الاراء وآرائه فى الرجعة على ما سنرى ، قام بتأليب الامصار على الخليفة عثمان ، واثر فى افكار ابى ذر الغفارى التى تدعو الى أفكار شبيهة بالأفكار الاشتراكية المتطرفة .

انظر ، أحمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٩ ، محمد كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ص ٣٧٤ .

(٢) انظر ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ١٦٨ ــ ١٦٩ .

(٣) نشر عبد الله بن سبأ أفكاره فى الرجعة وكان يردد « العجب لمن يصدق ان عيسى يرجع ، وكذب ان محمد يرجع » ثم نادى برجعة على . وهذه الفكرة أخذها ابن سبأ عن اليهودية فعندهم أن النبى الياس صعد الى =

الشيعة لنظام الامامة على الصورة التى أوضحناها أن أكثرهم يقول بعودة امام منتظر يملأ الأرض عدلا ونورا ، هو المهدى المنتظر وان أختلفوا فيه . فالاثنى عشرية يعتقدون أنه هو الامام محمد بن الحسن الامام الثانى عشر (اختفى عام ٢٦٠ هـ) ومنهم من يعتقد أنه محمد بن الحنفية ومنهم من يعتقد فى عودة جعفر الصادق (توفى عام ١٤٨ هـ) وهكذا .

٥ ــ **التقية** : من المبادىء المسلمة جواز التقية ، أى المداراة ، أذأ ما تغلب أهل القوة على أهل الحق وخشى الامام على نفسه وعلى مذهبه . وقد طبقوا هذا المبدأ ابان العصر الأموى بعد مذبحة كربلاء كما طبقوه خلال العصر العباسى .

٦ ــ **انكار الاجماع والقياس** : انعكست أفكار الشيعة السياسية والدينية على مسلكهم فى الفقه . فهم يرفضون الأحاديث التي رواها غير رجالاتهم ، ولذلك انفردوا بمجموعات من كتب تجمع الحديث ــ كما سبق أن رأينا ــ كما أنهم يرفضون كلا من الاجماع والقياس كدليل للأحكام لأن قول الامام يعتبر بمثابة النصوص من قبل الشارع لأنه معصوم من الخطأ . وهم يرفضون ما انتهى اليه رأى أهل السنة من سد باب الاجتهاد ويؤكدون على استمرار فتحه ، غير أن حرية الاجتهاد التى ينادون بها تظل عديمة الجدوى فى ظل المبدأ الذى يرد كل رأى الى الامام نفسه .

= السماء ، وسيعود فيعيد الدين والقانون . وقد تطورت هذه الفكرة عند الشيعة الى العقيدة باختفاء الأئمة ، وعودتهم بعد ذلك . فالبعض يعتقد ان محمد بن الحنفية اختفى فى جبل رضوى قرب ينبع بالحجاز وانه سيعود . ومنهم من يعتقد ان الامام الثانى عشر عند الاثنى عشرية ــ على ما يذكر ابن خلدون فى مقدمته ــ مازال حيا ومختفيا فى سرداب ببلدة « سر من رأى » (سامراء بالعراق) وينتظرون عودته حتى اليوم .

انظر : احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٧٣ ؛ عبد الحميد متولى . التشريع الاسلامى ص ٦٥ .

وقد ترتب على الاعتقاد فى اختفاء الامام الثانى عشر : انهم اقاموا نائبا عنه هو احد المجتهدين يقوم مقامه منذ القرن الثالث الهجرى حتى اليوم .

انظر : الريس ، النظريات السياسية ، ص ٢١٣ .

وتتيجة لكل ذلك كان لهم فقههم الخاص بهم وكتبهم الخاصة بهم ورفضوا كتب فقه أهل السنة •

فرقهم وطوائفهم : كان لتتابع الأحداث السياسية وأختلاف البيئات اثرها فى انقسام الشيعة الى عدة فرق وطوائف • ومن ناحية أخرى اتخذت الشعوبية من التشيع لآل البيت ستارا لنشر بعض الأفكار والمعتقدات الغريبة عن الاسلام من مجوسية ويهودية ومسيحية ، وكان للفرس دور رئيس فى هذا المجال •.ولذلك لم يقتصر الخلاف بين طوائف الشيعة على الأمور السياسية بل امتد الى بعض تفصيلات المسائل الفقهية وبعض أمور العقيدة •

والشيعة تكون فى الوقت الراهن قرابة عشر عدد المسلمين • وقد نجحت بعض فرقهم فى اقامة دولة تحكم بالفكر الشيعى ، مثل الدولة الفاطمية فى الماضى ، ونظام الحكم القائم الآن فى ايران بعد ثورته عام ١٩٧٩ •

وجميع طوائف الشيعة تسلم بصحة أمامة كل من على (توفى عام ٤٠هـ) وابنيه الحسن (توفى عام ٥٠) والحسين (توفى عام ٦١ هـ) • ولكنهم اختلفوا حول الامام الرابع فذهب بعضهم الى أنه محمد بن الحنفية ، وتعرف هذه الفرقة بالكيسانية (١) وهم أقلية • أما أكثر الشيعة فقالوا بحصر الخلافة فى ذرية على من زوجته السيدة فاطمة الزهراء واعترفوا بامامة على زين العابدين من الحسين (توفى عام ٩٤) وكان هو الامام الرابع• ثم حدث انشقاق داخل هذه الأكثرية حينما ناصرت قلة منهم الامام زيد

---

(١) هى أول فرقة شيعية ظهرت فى تاريخ الشيعة فى أواخر القرن الاول الهجرى . وسميت كذلك نسبة الى كيسان ، مولى الامام على ، الذى دعا الى الالتفاف حول محمد بن على بن ابى طالب المعروف بابن الحنفية نسبة الى امه خوله بنت جعفر الحنفية . وعلى ايديهم ظهرت معالم الفكر الشيعى، ولكنهم أصبحوا اقلية بعد ظهور فرق الشيعة الاخرى . والى هذه الفرقة الكيسانية ينتمى ابو العباس مؤسس الدولة العباسية . وهم يختلفون عن بقية فرق الشيعة فى انهم لا يحصرون الخلافة فى ذرية على من زوجته السيدة فاطمة بل فى ذرية على عموما .

بن على زين العابدين (مات مقتولا على يد الأمويين بين عامى ١٢١ و ١٢٢هـ)• وسمى اتباعه بالزيدية•أما جمهور الشيعة — ويسمونالامامية(١) — فقالوا بامامة أخيه محمد الباقر بن على زين العابدين (توفى عام ١١٣هـ) (٢) فكان هو الامام الخامس ومن بعده آلت الامامة الى ابنـه جعفر الصادق (توفى عام ١٤٨ هـ) فكان الامام السادس • ثم حدث انشقاق داخل الامامية حينما اختلفوا حول الامام السابع • فبعضـهم ذهب الى مناصرة اسماعيل الابن الأكبر لجعفر الصادق ، وأسمى أتباعه بالاسماعيلية نسـبة اليه(٣) ، وذهب أكثرهم الى مناصرة موسى الكاظم

(١) يسمون ايضا الرافضة لرفضهم خلافة ابى بكر وعمر او لرفضهم زيدا اخى محمد الباقر .

(٢) حدث الانشقاق بين زيد واتباعه من ناحية واخيه محمد البـاقر واتباعه حول امامة ابى بكر وعمر وعثمان فقد اعتـرف الزيدية بصـحة امامتهم تأسيسا على جواز امامه المفضول رغم وجود الافضل وهو على . وقد تحمل الزيدية عبء الجهاد ضد الأمويين بينما انصرفت الامامية الى البحث العلمى .

والزيدية يكونون اقلية من الامامية ، ومركزهم اليوم فى اليمن ويمثلون اكثر من نصف سكانه .

(٣) بالرغم من كونهم اقلية داخل فرقة الامامية الا أنهم كانوا على درجة كبيرة من التنظيم . فهم يخضعون فى تنظيم ونشر تعاليمهم لهيئة من الدعاة يرأسها كبير الدعاة الذى يعتبر الساعد الأيمن للامام . وتتميز طائفة الاسـماعيلية بما قدمته من تفسير رمزى للقرآن الكريم يسمونه تأويل الباطن، ومنه اشتق تعبير الباطنية الذى عرفت به الاسماعيلية احيـانا . وهـذا المعنى الرمزى لا يعرفه الا الامام ويكشف عما يريد الكشف عنه لاتباعه . واتبعت الاسماعيلية مبدأ « التقية » وقاموا بنشر دعوتهم فى سرية تامة . وانتهزت شعبة من الاسـماعيلية يسمون « القرامطة » ضعف الدولة العباسية فى القرن العاشر الميلادى واستولوا على المناطق الشرقية للجزيرة العربية واقاموا دولة بها دامت قرابة قرن من الزمان . وكان انتصار الاسماعيليةالاكبر حينما ظهر امامهم المستور من الاختباء واتخذ لنفسه لقب المهدى واعلن نفسه خليفة للمسلمين (عام ٢٩٧ هـ — ٩٠٩ م) فى المغرب وكونوا الدولة الفاطمية التى شملت فيما بعد مصر وشمال أفريقية والشام والحجاز .وحدث انشقاق داخل الاسماعيلية حينما اختفى فى ظروف غامضة الخليفة الفاطمى الحاكم بأمر الله (عام ٤١١ هـ ١٠٢١ م) ، وكون اتباعه لانفسهم شعبة مستقلة بهم فى سوريا ، عرفت باسم « الدروز » . وبعد سقوط الدولة الفاطمية (عام ٥٦٧ هـ — ١١٧١) على يد صلاح الدين استقر بعض اتباع الدولة الفاطمية فى اليمن والهند وعرفوا حتى اليوم باسم «البهرة » واستقر

(توفى عام ١٨٣ هـ) الابن الأصغر لجعفر الصادق وأسمى أتباعه بالاثنى عشرية لأن الامامة استمرت فى نسله (١) حتى الامام الثانى عشر محمد بن الحسن الذى استتر عام ٢٦٠ هـ ، وهو المهدى المنتظر .

وهكذا يبين أن أشهر وأهم فرق الشيعة وطوائفهم هى :

الكيسانية ، وهى أولى فرقهم ، وقد اندثرت أو كادت .

الامامية ، وقد تفرعت عنها طوائف صغيرة هى الزيدية ثم الاسماعيلية . أما الجمهور فمازال يسمى بالامامية أو الاثنى عشرية (١) نسبة الى الامام الثانى عشر الذى استتر عام ٢٦٠ هـ وهو المهدى المنتظر لأنهم يعتقدون فى رجعته ليملأ الأرض عدلا . وأكثر الشيعة فى الوقت الحاضر ينتمون الى الاثنى عشرية ، فاليهم ينتمى سكان ايران وشيعة العراق وسوريا ولبنان ، وهو المذهب الرسمى فى مسائل الأحوال الشخصية فى هـذه البلاد . وينصرف لفظ الامامية الآن الى الاثنى عشرية وحدها .

البعض الآخر فى الهند وباكستان وايران وآسيا الوسطى ، واليهم ينتمى حتى اليوم اتباع اغاخان ، كما ينتمى اليهم الفرقة التى عرفت فى التاريخ باسم « الحشاشين » .

(١) وكان الامام الثامن عندهم هو على بن موسى الملقب بالرضا (توفى عام ٢٠٢ هـ) . ثم ابنه محمد بن على الملقب بالجواد (توفى عام ٢٢٠ هـ) فكان هو الامام التاسع . وكان الامام العاشر ابنه على بن محمد الملقب بالهادى (توفى عام ٢٥٤ هـ) ثم ابنه حسين بن على الملقب بالعسكرى (توفى عام ٢٦٠ هـ) . فكان هو الامام الحادى عشر ثم ابنه محمد بن الحسن فكان هو الامام الثانى عشر وهو الذى اختفى واستتر عام ٢٦٠ هـ . وهو المهدى المنتظر .

(٢) واليهم كان ينتمى فى الماضى بنوبويه الذين انفردوا بالحكم فى ايران فى أواخر القرن العاشر الميلادى ، ووقعت الخلافة العباسية تحت سيطرتهم ، ولكنهم لم يستطيعوا انتزاع لقب الخلافة من العباسيين .

انظر احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٦٦ .

المطلب الثالث
نظام الحكم

لم يتضمن الكتاب ولا السنة تنظيما تفصيليا لنظام الحكم فى الاسلام ، واقتصر الامر على بعض المبادىء العامة حول أساس الحكم مثل الشورى ، العدل ... الخ ولذلك كان موضوع نظام الحكم من الموضوعات الاجتهادية (١) التى أختلف الرأى فى شأنها من زمان لزمان ومن مذهب لمذهب . ولم يحظ نظام الحكم بذات العناية التى حظيت بها نظم القانون الخاص الا فى عهد متأخر نسبيا . وأول من كتب فى نظم الحكم هم علماء الكلام من الشيعة وعالجوه تحت باب الامامة فى علم الكلام ، وهم الذين حددوا مضمون الامامة ومصطلحاتها الفنية ، وسار علماء المذاهب والفرق الأخرى على نهجهم . ولم تعالج الامامة فى كتب الفقه الا على يد فقهاء السنة منذ أواخر القرن الثانى للهجرة . وقد بنى العلماء نظرياتهم فى الخلافة على ما ورد فى الكتاب والسنة من مبادىء وما جرى عليه العمل فى عهد الخلفاء الراشدين . وقيدوا أنفسهم بالسوابق التى حدثت فى عهد الخلفاء الراشدين بالرغم من أن هذه السوابق ظهرت فى مجتمع صغير قليل العدد وأصبحت لا تناسب الدولة الاسلامية العالمية واعتبروا خلافة الراشدين الصورة المثلى لنظام الحكم : أما ما حدث بعد ذلك من تطورات فقد اعتبروه استثناء لا يهدم الصورة المثالية التى رسموها للخلافة ، وقبلوه نزولا على الأمر الواقع وامتثالا للضرورة التى تقضى بتحمل أهون الضررين : ضرر الخلافة على غير صورتها المثالية ، ضرر الغائها . ولذلك أسموا نظام الخلافة بعد عهد الراشدين بخلافة الضرورة .

ومن يتتبع نظام الخلافة فى نشأته وتطوره يستطيع أن يميز بين ثلاثة أدوار : أولها فى عصر الخلفاء الراشدين وثانيها فى عصر الدولتين الأموية والعباسية وثالثها فى عصر الدولة العثمانية . وتميز عصر الراشدين بقيام

---

(٢) سبق القول ان الشيعة يعتبرون الامامة من اركان الدين ، ومن ثم لا يكمل الايمان الا بالاعتراف بالامام ـ بالشروط التى وضعوها ـ وطاعته .

الخلافة على أساس الشورى وتحققت فى الخلفاء كل شروط الخلافة ولذلك وصفت بأنها الخلافة الكاملة . وفى عصر الدولتين الأموية والعباسية قام نظام الحكم على الوراثة وأختلطت الخلافة بالملكية أو الملكية بالخلافة ، ولكنها احتفظت من حيث الشكل بنظام البيعة رغم ما شاب البيعة من اكراه فى أكثر الأحيان كما حدثت تجاوزات فى الشروط الواجب توافرها فى الخليفة . ومع ذلك ظلت الخلافة محتفظة بمعانيها ومقاصدها فقد ظل الحكم قائما على أساس تحقيق مقاصد الدين والالتزام بأحكام الشريعة وتطبيقها . أما الدور الثالث فيتميز بتحول الخلافة الى ملكية مطلقة مستبدة وابتعاد الحكم عن شكله الاسلامى بل وعن جوهره أيضا ، ولكنها ظلت مقبولة باعتبارها أخف الضررين وتحت رايتها أحتفظ العالم الاسلامى بوحدته وعزته .

§ ١ — عهد الخلفاء الراشدين

نشأة نظام الخلافة (اجتماع السقيفة) : اجتمعت كل سلطات الدولة الدينية والدنيوية فى يد الرسول عليه الصلاة والسلام باعتباره نبيا لا ينطق عن الهوى بل يرشده الوحى الآلهى فيما يقول وما يفعل . وكانت طاعته وأجبة بنص القرآن الكريم . وبعد وفاته وقبل دفنه اقتضت الضرورة الاجتماع للتشاور فيمن يخلفه والطريقة التى يسير بها نظام الحكم ، فكان اجتماع السقيفة حيث أجمع الحاضرون على اختيار أبى بكر لخلافة الرسول (١) وبايعه الناس بالخلافة فى اليوم التالى بالمسجد .

(١) تم الاجتماع فى سقيفة بنى ساعدة — وهم أحد بطون الخزرج — بالمدينة المنورة ، وكانت شبيهة بدار الندوة فى مكة اذ جرت عادة الانصار على الاجتماع فيها للتشاور فى أمورهم العامة . وتم الاجتماع فور وفاة الرسول وقبل دفنه ودعا اليه سعد بن عبادة زعيم الخزرج وحضره الانصار ولحق بهم فريق من كبار المهاجرين على راسهم ابو بكر وعمر . وتزعم الانصار وجهة النظر القائلة بوجوب أن يكون الخليفة منهم وحجتهم فى ذلك انهم دافعوا عن الاسلام بأنفسهم وأموالهم وانهم آووا الرسول ونصروه حينما أنكره أهله فضلا عن أنهم أصحاب المدينة . أما المهاجرون فقالوا بأنهم اولى بالخلافة لانهم اول من آمنوا وصبروا على اذى المشركين فضلا عن انهم
=

وبذلك ولد نظام الخلافة . وكان أبو بكر أول من لقب بلقب خليفة رسول الله . ويمكن تشبيه اجتماع السقيفة بالجمعية التأسيسية حسب المصطلحات الدستورية الحديثة (١) .

كيفية تولية الخلفاء الراشدين : لم تكن هناك طريقة محددة معروفة سلفا لكيفية تولى الخليفة لمنصبه ، ولذلك تباينت الطريقة بالنسبة لكل واحد من الخلفاء الراشدين ، ولكن يجمع بينها جميعا أنها تقوم على الشورى . فالخليفة أبو بكر تم ترشيحه من جانب عمر فى اجتماع السقيفة واختاره الحاضرون فى الاجتماع وبايعه الناس فى المسجد فى اليوم التالى . ولما أشرف الخليفة أبو بكر على الموت خشى الاختلاف بين المسلمين فى اختيار خلفه فى وقت كانت جيوش المسلمين تطرق أبواب الشام والعراق . فتشاور مع الصحابة ووقع الاختيار على عمر وكتب له عهدا بذلك وبايعه الناس بها بعد وفاة أبى بكر . وبعد أن حضرت الوفاة الخليفة عمر بعد طعنه عهد الى ستة من كبار الصحابة هم : عبد الرحمن بن عوف وسعد بن أبى وقاص وعثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب والزبير بن العوام وطلحة بن عبيد الله على أن يجتمعوا ليختاروا واحدا منهم . وبعد وفاته وقع الاختيار على عثمان وبايعه الناس بالخلافة ، وبعد مقتله اجتمع الصحابة فى المدينة وأختاروا عليا وبايعه الناس فى المسجد ، ثم بايعه الصحابة والناس فى الأمصار المختلفة وامتنع أهل الشام عن مبايعته ثم بايعوا معاوية عام ٣٧ هـ . واختلف المسلمون ودار بينهم القتال وانتهى الأمر بمقتل على عام ٤٠ هـ .

ويبين مما تقدم أن أسلوب اختيار الخليفة كان يتم على مراحل : ترشيح من جانب شخص أو أكثر وموافقة من جانب المرشح للخلافة ، موافقة أهل الشورى وهم الصحابة ووجوه القوم ، مبايعة عامة من الناس

= قرابة الرسول وعشيرته كما احتجوا بفضل قريش على العرب وبحديث الرسول القائل « الائمة من قريش » واجمع الحاضرون على مبايعة أبى بكر لصفاته الشخصية فضلا عن اولوية قريش ، وهو من تميم احد بطون قريش . وامتنع سعد بن عباده عن مبايعته حتى وفاته .

(١) انظر ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ١٣٧ .

فى المسجد فضلا عن من تخلف من أهل الشورى • وكان هذا الأسلوب مناسبا للدولة الاسلامية فى بداية عهدها حينما كان أهل الشورى من الصحابة يقيمون فى المدينة • أما بعد هجرة الصحابة وتفرقهم فى الأمصار واتساع رقعة الدولة ، فقد أصبح هذا الأسلوب غير ملائم فوقع الصدام وحدثت الفرقة • ومن ناحية أخرى اعتمد الفقهاء فى عصر التدوين — العصر العباسى — على هذه السوابق حينما تعرضوا للكتابة عن الامامة ، ولكنهم لم يضعوا ضوابط محددة ولا أسلوبا محكما لكيفية الترشيح أو طريقة الانتخاب كما لم يضعوا معايير وأضحة لتحديد المقصود بأهل الشورى ، وأطلقوا عليهم تعبير أهل الاختيار أو أهل الحل والعقد ، كما لم يفصحوا عن رأيهم فى تحديد المدة التى يتولى فيها الخليفة السلطة هل هى مدى الحياة أم لمدة محددة ، كذلك لم يحددوا هيئة أو جهة يمكن الاحتكام اليها اذا وقع تصادم بين الخليفة والقوى السياسية الأخرى فى المجتمع أو اذا جد من الأمور ما يقتضى عزله أواستقالته • وعدم وضوح هذه الأفكار وأمثالها وعدم تحديدها قضى بالتدريج على جوهر الشورى وأظهر الحكم الاسلامى — فى العصور التالية — فى صورة حكم فردى ، على خلاف ما تقضى به مبادىء الشورى وعلى خلاف ما جرى عليه العمل فى عهد الخلفاء الراشدين •

§ ٢ — العهد الاموى

ظهور نظام توارث الخلافة : كان للأحداث السياسية التى انتهت بمقتل الخليفة عثمان أثرها البارز فى انقسام المسلمين بين مؤيدين لعلى ومناصرين لمعاوية ، وبويع الاول فى الحجاز والعراق ومصر وبويع الثانى فى الشام عام ٣٧ هـ • قبل حادث التحكيم • ولما قتل على وتنازل ابنه الحسن لمعاوية تمت مبايعة عامة لمعاوية فى سنة ٤١ هـ • وأسمى بعام الجماعة لاجتماع كلمة الأمة على خليفة واحد ولم يشذ عن ذلك سوى الشيعة والخوارج • وهذه البيعة العامة — فى حقيقتها — كانت اعترافا بالأمر الواقع حرصا على وحدة الأمة فدخلها عنصر الاكراه أو على أحسن الفروض عنصر الاضطرار • وهكذا تبدل الحال ودخلنا عصرا جديدا •

فحتى الآن كانت الخلافة بالاختيار والرضى الكامل وكان اختيار الخليفة يتم بالاجماع أو بما يقرب منه . أما الآن فالاختيار مشوب بالاكراه والنزول على الضرورة فضلا عن أن فريقا من المسلمين لم يقبل هـذا الوضع — وهم الشيعة والخوارج — وأعلنوا عـدم اعترافهم بخـلافة معاوية ، بل ظل هذا الفريق رافضا لخلافة الأمويين والعباسيين من بعدهم .

واستحدث معاوية مبدأ جديدا فى الخلافة هو توارثهـا فى البيت الأموى فحصل من الناس على عهد بمبايعة ابنه يزيد ، وبايعه أكثر الناس (عام ٥٦ هـ) . وحجته فى ذلك خوفه من أنقسام المسـلمين بعد وفاته كما حدث فى عهد على . وعلل ذلك ابن خلدون بما حدث من تطـور فى المجتمع وتغلب العصبية الأموية ، فمنهم كان أكثر أهل الحل والعقد ، وفى أيديهم أكبر المناصب فى الدولة ، وخزائنهم عامرة بالمال (١) وصار نظام ولاية العهد سنة متبعة لدى الخلفاء الأمويين والعباسيين من بعدهم . وقد أجاز الفقهاء (٢) نظام ولاية العهد استنادا الى سابقتين حدثت أولاهما فى عهد أبى بكر لما عهد بالخلافة الى عمر من بعده ، والثانية فى عهد عمر لما عهد بها الى واحد من ستة من كبار الصحابة كما سبق أن رأينا . ويجب أن نلاحظ أن هاتين السابقتين لم يعهد فيهما بالخلافة لأحد من أقارب الخليفة . ولذلك فان الفقهاء مجمعون على أن الامامة لا تورث ويشترطون لصحة امامة ولى العهد مبايعة الناس له ويعتبرون العهد له من الخليفة السابق مجرد ترشيح (٣) وكان من نتيجة هجرة الصحابة والتابعين — وهم أهل الشورى — الى الأمصار المختلفـة ، واتسـاع رقعـة الدولة وتباين بيئاتها وظروفها ، وعدم تحديد أهل الشورى ولا طريقة اجتماعهم ولا مكان اجتماعهم ، كل ذلك أدى الى انقسـام الرأى بين المسلمين

---

(١) ابن خلدون ، المقدمة ، الفصل الثامن والعشرون فى انقلاب الخلافة الى الملك .

(٢) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٨ .

(٣) ابن حزم ، الفصل فى الملل والنحل ، جـ ٤ ص ١٦٧ حيث يقول عن الخلافة « ولا خـلاف بين أحـد من أهل الاسـلام فى انه لا يجـوز التوارث فيها » .

من الناحية السياسية . فبجانب خروج الشيعة والخوارج على أجماع الأمة ورفضهم للخلفاء الأمويين والعباسين ، عبر الناس عن عدم رضاهم بالحكم القائم بمبايعة بعض القيادات بالخلافة فى الأقطار البعيدة عن مقر الخلافة ، فظهرت مشكلة تعدد الخلفاء فى وقت واحد . وأكثر الفقهاء رفض مبدأ التعدد وبعضهم أجازه (١) . ونفس الظاهرة حدثت فى امارة البلاد حينما استقل بهـا أمراؤها فى أواخر العهد العباسى مما اضطر الفقهاء — نزولا على الأمر الواقع — الى تقسيم الامارة الى امارة استكفاء وامارة استيلاء .

وبالرغم من هذه التطورات والتحول الى الملك فان العلماء أكدوا ان معانى الخلافة ، أى أهدافها وجوهرها ، ظلت باقية . ومن هنا افتوا بصحتها نزولا على مقتضيات الضرورة (٢) .

§ ٣ — ماهية الخلافة واحكامها

فروض الكفاية ومبدا النيابة عن الامة : لم يعرف الفقهاء المسلمون فكرة الشخصية المعنوية ، ومن أهم نتائجها استمرارية الدولة فى أداء وظائفها . وقد عالج الفقهاء المسلمون هذا الأمر بتصور آخر ، فلكل فقه صناعته وأسلوبه ، هو ما أسموه فروض الكفاية ، وهى — كما نعلم — الفروض التى تقع على عاتق الأمة فى مجموعها ويكفى أن يؤديها بعضهم حتى ترتفع المسئولية عن الباقين . وقد اعتبر الفقهاء نظام الامامة من فروض الكفاية ، مثلها فى ذلك مثل الجهاد وطلب العلم ... الخ ،

---

(١) من السوابق التى يستندون عليها فى هذا الشان ، امامة على بالحجاز ومعاوية بالشام ؛ عبد الله بن الزبير فى الحجاز (قتل عام ٧٣ هـ) والخليفة الاموى فى دمشق . الخليفة العباسى فى بغداد والخليفة الاموى فى الاندلس والخليفة الفاطمى فى القاهرة ... وهكذا .

(٢) وفى ذلك يقول بن خلدون فى مقدمته (فقد رايت كيف صار الامر الى الملك وبقيت معانى الخلافة . من تحرى الدين ومذاهبه والجرى على منهاج الحق ولم يظهر التغير الا فى الوازع الذى كان دينا ثم انقلب عصبية وسيفا . وهكذا كان الأمر لعهد معاوية ومروان وابنه عبد الملك ، والصدر الاول من خلفاء بنى العباسى الى الرشيد وبعض ولده » .

وهى فروض دائمة ومتجددة ، وبذلك ضمنوا استمرار الدولة فى أداء وظائفها • ومن ناحية أخرى لم يعرفوا فكرة التمثيل reprsentation حيث ينوب عن الأمة ممثلين لها يمارســون نيابة عنها سلطات الدولة المختلفة ، وهى فكرة حديثة نشأت مع الديمقراطية بمفهومها السياسى فى العصر الحديث لاستحالة ممارسة كل فرد فى الأمة أعمال السـيادة فيها • أما الفقهاء المسلمون فقد لجأوا الى فكرة مشابهة هى فكرة التفويض أو الانابة حيث يعتبر أهل الحل والعقد نوابا عن الأمة ، وحيث يعتبر الخليفة نفسه نائبا عنها •

تعريف الخلافة : تعددت تعاريف الخلافة ، وهى تدور كلها حول معنى واحد هو خلافة الرسول فى حراسة الدين وسياسة الدنيا (١) • وقد حرص الفقهاء باستثناء الشيعة على التأكيد على أن الخليفة ليس خليفة لله تعالى فى الأرض بل هو خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم • وهذا المعنى أكده الخليفة أبو بكر وعمر بن عبد العزيز من بعده ــ حينما حاول البعض دعوته بخليفة الله نهاهم عن ذلك وقال لهم « لست خليفة الله ، ولكنى خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم » • ويعلل الفقهاء ذلك بأن الاستخلاف انما هو فى حق الغائب أما الحاضر فلا (٢) • وهذا المعنى ينفى عن الحكم الاسلامى شبهة الحكم التيوقراطى •

ألقاب الخلافة (٣) : تعددت ألقاب رئيس الدولة ، وهى كلها متساوية

---

(١) عرف الماوردى الخلافة فى كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٣ بقوله « الامامة موضوعة لخلافة النبوة فى حراسة الدين وسـياسة الدنيـا » وعرفها ابن خلدون فى مقدمته ص ٢٦ « الخـلافة هى حمـل الكـافة على مقتضى النظر الشرعى فى مصالحهم الاخروية والدنيوية الراجعة اليها ، اذ احوال الدنيا ترجع كلها عند الشرع الى اعتبارها بمصالح الآخرة فهى فى الحقيقة خلافة عن صاحب الشرع فى حراسة الدين وسياسة الدنيا » .

(٢) أنظر ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ١١٢ ، ١١٣ .

(٣) لقب خليفة مقتبس من قوله تعالى « واذ قال ربك للملائكة انى جاعل فى الارض خليفة » (سورة البقرة : ٣٠) وأول من لقب به هو ابو بكر . وفى عهد عمر بن الخطاب ظهر لقب امير المؤمنين وهو اول من لقب به واستحسنه الناس لسهولته بالمقارنة بما كان يلقب به « خليفة

=

ومترادفة : خلافة ، أمرة المؤمنين ، امامة . ففى البداية استعمل لقب خليفة أو خليفة رسول الله للدلالة على خلافة النبى فى أمته . وأول من لقب به هو أبو بكر . وبالنظر الى أن من جاء بعده من الخلفاء كانوا يلقبون خليفة خليفة رسول الله وهكذا يتكرر لفظ خليفة فاستعملوا لفظ خليفة المسلمين لما فيه من سهولة فى النطق ولما يدل عليه من اختيار المسلمين له . ثم ظهر فى عهد عمر بن الخطاب لقب « أمير المؤمنين » ، ثم ظهر لقب ثالث هو الامام على يد علماء الشيعة ، بل أصبح لفظ الامامة علما يختص بدراسة شئون الحكم شبيها بعلم القانون الدستورى فى الفقه المعاصر .

وجوب الخلافة : يكاد ينعقد اجماع العلماء بجميع فرقهم على وجوب الخلافة . ولم يشذ عن ذلك سوى النجدات ، احدى فرق الخوارج ، وأبو بكر الأصم من المعتزلة فقالوا بجوازها (١) والقائلون بالوجوب

= خليفة رسول الله » أى خليفة أبى بكر . ولقب أمير كان يطلق على كبار قواد الجيش . اما الشيعة فقد استحدثوا لقبا جديدا هو الامام ، وهو مشتق من أم (بفتح الميم وتشديدها) القوم ، أى تقدمهم وأرشدهم . واطلقوه على على بن ابى طالب ، وحاكاهم فى ذلك بقية العلماء للدلالة على رئيس الدولة.

ويجب أن نلاحظ أن الشيعة كانوا يقصرون استعمال لقب امام على صاحب الحق الشرعى فى تولى رئاسة المسلمين ويقصرون لقب خليفة على من يتولاها بالفعل . فان كان من تولاها صاحب حق شرعى فيها كان اماما وخليفة .

أنظر ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ١٠٦ . ١٢٠ ، عبدالحميد متولى ، التشريع الاسلامى والنظم القانونية الوضعية ، القاهرة ١٩٧٨ ، ص ٥٠ — ٥٣ .

(١) وعبر عن ذلك ابن حزم فى كتابه الفصل فى الملل والنحل ، جـ ٤ ، ص ٨٧ بقوله « اتفق جميع أهل السنة وجميع المرجئة وجميع الشيعة وجميع الخوارج على وجوب الامامة ، وأن الامة واجب عليها الانقياد لامام عادل يقيم فيهم احكام الله ، ويسوسهم باحكام الشريعة التى جاء بها رسول الله صلى الله عليه وسلم حاشا النجدات من الخوارج ، فانهم قالوا لا يلزم الناس فرض الامامة ، وانما عليهم أن يتعاطوا الحق بينهم ، وهذه فرقة ما نرى بقى منهم أحد .. وقول هذه الفرقة ساقط » .

ونفس المعنى ذكره ابن خلدون فى مقدمته ، جـ ٢ ، ص ٦٨٨ . « .. ثم ان نصب الامام واجب ... وقد شذ بعض الناس فقال بعدم =

ينقسمون الى فريقين : أهل السنة والشيعة • فأهل السنة يعتبرون الخلافة أصلا من أصول الاسلام ويدخلونها فى فروض الكفاية • والمقصود عندهم بالوجوب أو الجواز تحديد المرتبة التى تقع فيها الخلافة من المراتب الخمس للحكم الشرعى : الوجوب ، الندب ، الاباحة ، الكراهة ، التحريم • والقول بوجوبها واعتبارها ضمن فروض الكفاية (١) يعنى أن مسئولية اقامتها تقع على مجموع الأمة ، ويكفى فى ذلك أن يقوم بها بعضهم • أما الشيعة — كما سبق القول — فيعتبرونها ركنا فى الدين ، وعدم اقامتها ينحدر بالناس الى مرتبة الكفر أما القلة الشاذة من العلماء القائلين بالجواز فانها تدخل عندهم فى مرتبة الاباحة • ومن ثم كان للامة — حسب ظروفها — أن تقيمها أو تهملها بلا أدنى مسئولية فالخلافة عندهم ليست أصلا من أصول الاسلام — خلافا لرأى أهل السنة — وليست ركنا فى الدين — خلافا للشيعة — بل هى من المصالح العامة المفوضة للأمة وان اقامتها ليست من الأمور التى يفرضها الاسلام (٢) •

وقد استدل أنصار وجوب الخلافة بعدة أدلة نقلية وعقلية • ومن الأدلة النقلية اجماع الأمة على اقامة الخلافة ، وهذا الاجماع يستند الى النصوص القرآنية التى تقضى بطاعة ولى الأمر • ومن الأدلة العقلية دفع أضرار الفوضى اذ لو ترك الناس لأمورهم بدون وازع لوقعوا

= وجوب هذا المنصب أصلا لا بالعقل ولا بالشرع ، ومنهم أبو بكر الاصم من المعتزلة ، وبعض الخوارج وغيرهم ، والواجب عند هؤلاء انما هو امضاء احكام الشرع ، فاذا تواطأت الامة على العدل وتنفيذ أحكام الله تعالى لم يحتج الى امام ولا يجب نصبه » .

(١) انظر ، النظريات السياسية ، ص ١٢٩ .

(٢) وفى ذلك يقول الماوردى فى كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٦ « فاذا ثبت وجوب الامامة ففرضها على الكفاية كالجهاد وطلب العلم . فاذا قام بها من هو من اهلها سقط فرضها عن الكافة ، وان لم يقم بها احد خرج من الناس فريقان : أحدهما اهل الاختيار حتى يختاروا اماما للامة . والثانى اهل الامامة حتى ينتصب احدهم للامامة . وليس على من عدا هذين الفريقين من الامة فى تاخير الامامة حرج ولا مأثم » .

فى التنــازع والفوضى ، ومنهــا أيضا أن تنفيــذ الواجبات الدينيــة يقتضى وجود سلطان ، وعلى حد تعبير الغزالى « الدين أس والســلطان حارس ، ومالا أس له فمهدوم ، ومالا حارس له فضائع »(١) .

الخلافة عقد بين الخليفة والامة : من المسلم بين جميع المجتهدين ــ فيما عدا الشيعة (٢) ، أن الخلافة تنعقد بالاختيار والتراضى ، ويتم ذلك بأحد طريقين : اختيار أهل الحل والعقد ومبايعة الأمة أو عهد من الامام السابق بعد مشاورة أهل الحل والعقد وموافقتهم ، ومبايعة الأمة .

وقد صور الفقهاء العلاقة بين الخليفة والأمة على أنها علاقة تعاقدية، مثلها فى ذلك مثل أى عقد من العقود ، وأشبهوها بعقد البيع ، ولذلك أطلقوا عليها تعبير « بيعة » اشتقاقا من البيع (٣) . وهــذا العقد عقــد حقيقى (٤) وليس عقدا تصــوريا كما هو الحال فى العقد الاجتماعى ــ السائد فى الفقه الدستورى الحديث ــ الذى ابتكره الفيلسوف الفرنسى « روسو » فى أواخر القرن الثامن عشر كأســاس لنشأة الدولة وسند للسلطــة فيهــا :

والبيعة ، باعتبارها عقدا ، تستوجب وجود طرفين . موجب وقابل

---

(١) أنظر ، الريس ، النظريات السياسية ص ١٣٧ .

(٢) سبق القول أن الشيعة الامامية ، وهم جمهور الشيعة ، يعتبرون الامامة ركنا فى الدين ولا يتركون اختيار الامام للامــة بل يقــوم بتعيينه سلفة . ولكن التطبيق العملى لهذا الراى أدى الى انقسام الشيعة نتيجة لاختلافهم حول شخص الامام الذى عينه سلفه . كما ادى استتار الامام الثانى عشر منذ القرن الثالث الهجرى حتى الآن الى عدم وجود امام معين واضطروا الى اختيار احد المجتهدين للقيام بمهام الامام كنائب عنه .

(٣) ويذكر ابن خلدون فى مقدمته « وكانوا اذا بايعوا الامير وعقدوا عهده ، جعلوا أيديهم فى يده تأكيدا للعقد ، فاشــبه ذلك فعــل البــائع والمشترى ، فسمى ببيعة مصدر باع » ونفس المعنى يؤكده القلقشندى (صبح عشى ، ج ٩ ص ٢٧٣) « البيعه وهى مصدر بايع فلان الخليفة مبايعة ، ومعناها المعاقدة والماهدة ، وهى مشبهة بالبيع الحقيقى ... كان كل واحد منهما باع ما عنده من صاحبه ... ويقال بايعه ، واعطاه صفقة يده والاصل فى ذلك أنه كان من عادة العرب انه اذا تبايع اثنان صفق احدهما بيده على يد صاحبه » .

(٤) السنهورى Le Califat, Leon, 1926, P. 94.

والطرف القابل هو الخليفة أما الطرف الموجب فهى الأمة . ولما كانت الامامة من فروض الكفاية فلا يلتزم كل فرد بابداء رأيه بل يكتفى برأى من يفوضونه فى ذلك ، ويسمون أهل الشورى أو أهل الاختيار أو اهل الحل والعقد . ولكن هذا لا يكفى لانعقاد البيعة بل تجب بعد ذلك مبايعه عامة من الأمة فموافقتهم خطوة لازمة لاختيار الخليفة ولكنها مجرد ترشيح — حسب الرأى الراجح (١) — أما عقد البيعة فانه ينعقد بين الأمة — بعد البيعة العامة — والخليفة . وعلى ذلك فانتخاب الخليفة يتم على درجتين حسب المصطلحات الدستورية الحديثة ونفس الأمر يصدق بالنسبة للمبايعة بولاية العهد .

أهل الحل والعقد (أهل الاختيار) : وهم يكونون — حسب التعبيرات الدستورية الحديثة — هيئة الناخبين ، ويناط بهم اختيار الخليفة . فكأن اختياره يتم — حسب المصطلحات الحديثة — على درجتين : تختار الأمة مندوبيها وهؤلاء يختارون الخليفة ، ويشترط الفقهاء (٢) توافر ثلاثة شروط فيمن يدخل فى عداد أهل الحل والعقد هى : العدالة الجامعة لشروطها (يقصد بذلك الاستقامة والامانة) ، الرأى والحكمة المؤديان الى اختيار الأصلح للخلافة ، العلم الذى يتوصل به الى معرفة مستحق الخلافة . وهذه الشروط — كما هو واضح — أخف من تلك الواجب تحققها فى المجتهدين . ومن جماع هذه الشروط يتحقق فى أهل الحل والعقد صفة القيادة بين الناس بحيث يطيعونهم وينصاعون لرأيهم . ومن الواضح أنه لايشترط فيهم نصاب مالى ولا الانتماء الى فئة أو طبقة أو هيئة فى المجتمع . واصطلاح أهل الحل والعقد من أكثر الأمور غموضا وابهاما فى الفقه الاسلامى . فالفقهاء لم يحددوا بطريقة واضحة قاطعة الطوائف والهيئات التى ينتمى اليها أهل الحل والعقد وان كان بعضهم حاول تحديدهم بتعداد طوائفهم فقال هم

---

(١) من بين الفقهاء الذين يعتبرون الامامة عقدين الخليفة واهل الحل والعقد ، الماوردى الاحكام السلطانية .

(٢) أنظر ، الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٤ .

« العلماء والرؤساء ووجوه الناس الذين يتيسر اجتماعهم » (١) ونتيجة لغموض هذا التعبير أختلف الفقهاء فى الطريقة التى يتم بها اختيار أهل الحل والعقد كما اختلفوا فى عددهم وفى الطريقة التى يعبرون بها عن رأيهم هل التعبير الصريح أم أن السكوت يعتبر موافقة • ويزيد من صعوبة الأمر أن السوابق التاريخية لا تسير على نسق واحد مما يؤكد أن كل ذلك متروك لظروف المجتمع • ولذلك يجب ألا نخلط بين تعبير « أهل الحل والعقد » والتعبيرات الحديثة فى الفقه الدستورى • فهم لا يكونون برلمانا ولا هيئة استشارية لها صفة الدوام • ولا نستطيع القول بأنهم معينون كما لا نستطيع القول بأنهم منتخبون فبعضهم اكتسب هذه الصفة نتيجة لتعيينه فى أحد المناصب الكبرى كالامارة أو قيادة الجيش ، وبعضهم اكتسبها لما اشتهر به بين الناس كالعلماء ووجوه القوم ••• الخ •

ولا يقتصر دور أهل الحل والعقد على اختيار الخليفة بل أنهم مسئولون عن رقابته فى تنفيذ واجباته كخليفة ، فان حاد عنها وقع عليهم عبء تقويمه أو استبداله (٢) •

واجبات الخليفة وشروطه : حدد الفقهاء وظيفة الدولة تحت ما أسموه « فروض الكفاية » سواء منها ما تعلق بأمور الدين أم بالامور الدنيويه وبالنظر الى أن هذه الفروض تمثل واجبات عامة يعجز الفرد وحده عن النهوض بها فانها تحتاج الى تدبير وتنظيم على مستوى الأمة كلها مما يقتضى اقامة سلطة عامة تملك الأمر والنهى والتوجيه ومن هنا أعتبر الفقهاء الخلافة الأصل الجامع لكل الولايات (٣) ووضعوها على رأس فروض

---

(١) الرملى (توفى عام ١٠٠٤ هـ) شرح المنهاج للنووى ، ص ١٢٠ ذكره ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ٢٢٤ .

(٢) أنظر فى أقوال الفقهاء فى ذلك ، الريس ، النظريات السياسية ، ص ٣٣٩ وما بعدها .

(٣) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢ حيث يقول « لكانت الامامة أصلا عليه استقرت قواعد الملك وانتظمت به مصالح الأمة ، حتى استتب [illegible] الامور العامة ، وصدرت عنها الولايات الخاصة »

الكفاية وناطوا بالخليفة تنفيذهذهالفروض ، وأعتبروهاواجبات الخليفةبصفته وكيلا عن الأمة [١] • وهذه الواجبات تجعل الخلافة نظاما شبيها — من بعض الوجوه — بالنظام الرئاسى المعروف فى النظم البرلمانية المعاصرة • فهو يجمع بين يديه ما يدخل فيما يسمى السلطة القضائية والسلطة التنفيذية •

واشترطوا عدة شروط فى من يتولى منصب الخلافة فصلها أكثرهم [٢] واجملها ابن خلدون [٣] فى أربعة • وهى شروط لازمة لانعقاد الخلافة ؛ كما أنها لازمة لاستدامتها ، وهى : العلم ، العدالة ، سلامة الحواس ؛ الكفاية •

١ — العلم : ويقصد به العلم بالأحكام الشرعية وهذا لا يتحقق الا اذا كان من أهل الاجتهاد ، وكذلك العلم بالأمور السياسية والحربية والادارية ، حتى يستطيع تنفيذ أحكام الشريعة ويحسن تدبير أمور الأمة • غير أن العمل جرى ، منذ الدولة الأموية على عدم التدقيق فى شرط الاجتهاد فأكثر الخلفاء ، بعد الخلفاء الراشدين ، لم يكونوا من المجتهدين •

٢ — العدالة : وهى شرط فى كل الولايات (الوظائف) ويقصد بها على ما يقول الماوردى [٤] أن يكون « صادق اللهجة ، ظاهر الأمانة ،

---

(١) ومن هذه الواجبات ما يدخل فى أمور الدين ومنها ما يدخل فى الامور الدنيوية اى السياسة . ويدخل فىالنوع الاول : حفظ الدين ، اقامة القضاء فى الخصومات وتنفيذ الحدود ، جباية الاموال والصدقات وصرفها فى وجوهها الشرعية ، ويدخل فى الواجبات السياسية : الاشراف على الامور العامة ، الدفاع عن الدولة وحفظ الامن فى الداخل ، الاشراف على الادارة المالية ، تحقيق التكافل الاجتماعى ، اختيار العاملين الاكفاء لمعاونة الخليفة .. الخ .

انظر فى تفضيل ذلك : الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ١٥ ، ابن خلدون ، المقدمة ، الفصل ٣١ و ٣٤ .

(٢) انظر ، الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص١٧ — ٢٠ وص ٦١ وما بعدها .

(٣) ابن خلدون ، المقدمة ، جـ٢ ، ص ٦٩٢ .

(٤) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٦٦ .

عفيفا عن المحارم ، متوقيا المآثم ، بعيدا عن الريب ، مامونا فى الرضا والغضب ، مستعملا لمروءة مثله فى دينه ودنياه » . وعلل الفقهاء ذلك بأن الخلافة هى أكبر مناصب الدولة ، والخليفة ينظر فى سائر المناصب التى تشترط العدالة فى كل منها ، فيكون من الأولى اشتراطها فيه .

٣ — سلامة الحواس والأعضاء : حتى يستطيع مباشرة أعمال الخلافة بشكل كامل (١) .

٤ — الكفاية : أى يكون من أهل الولاية العامة وأن يكون قادرا على ادارة شئون الدولة . وعناصر الولاية العامة هى : الاسلام والحرية والذكورة والعقل .

٥ — النسب : ثار خلاف بين الفقهاء حول هذا الشرط . فالخوارج لايشترطون هذا الشرط ، فكل مسلم ، ولو كان أعجميا ، يستطيع شغل هذا المنصب . والشيعة يحصرون الخلافة فى الامام على وذريته . أما أهل السنة فاشترطوا أن يكون الخليفة من قريش . غير أن بعض المتأخرين (٢) يرى أن هذا الشرط لم يعد له محل بعد أن فقدت قريش ما كانت تتمتع به فى العهود الأولى للدولة الاسلامية من تميز وغلبة بين سائر العرب .

مسئولية الخليفة : من المسلم بين الفقهاء أن للخليفة فى مواجهة الأمة حقان : الطاعة والنصرة (٣) . والأساس الشرعى لسلطة ولى الأمر وحقه فى الطاعة والنصرة يرجع الى قوله تعالى . « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » (سورة النساء : ٥٩) . غير أن هذه الطاعة

---

(١) أنظر ، الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٦١ ، ابن خلدون ، المقدمة ، جـ ٢ ، ص . ٦٩ .

(٢) ابن خلدون ، المقدمة ، جـ ٢ ، ص ٦٩٣ .

(٣) وهذه عبارة الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ١٦ « واذا قام الامام بما ذكرناه من حقوق الامة ، فقد أدى حق الله تعالى فيما لهم وعليهم ، ووجب له عليهم حقان : الطاعة والنصرة ما لم يتغير حالة » .

مقيدة — على حد قول الطبرى (١) . فيما كان لله طاعة ، وللمسلمين مصلحة » وهذا القيد ورد بالحديث الشريف « على المرء السمع والطاعة فيما أحب أو كره ما لم يؤمر بمعصية ، فان أمر بمصية فلا سمع ولا طاعة » . ومن هنا ظهر المبدأ الذى ردده الفقهاء « لاطاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وعلى ذلك فطاعة ولى الأمر ونصرته مقيدة بنهوضه بواجباته وفق أحكام الشريعة ، فاذا لم يقم بها عجزا أو تقصيرا سقط حقه فى الطاعة ، كما يسقط حقه اذا خالف أحكام الشريعة فى سلوكه أو تصريفه لأمور الدولة .

وطاعة الخليفة تقتضى عدم جواز مخالفته ولا الخروج عليه . ويسمى الفقهاء الخروج على ولى الأمر باسم « البغى » ويعرفونه بأنه « الخروج على الامام الحق بدون حق » (٢) وحق الخليفة فى النصرة تقتضى تأييده ومعاضدته بالقول والفعل . وهى تكون بالقول باسداء النصيحة له . وتكون النصرة بالفعل بالوقوف بجانبه ومساندته فى مقاومة البغاة والضرب على أيديهم بل وقتالهم اذا لم يكن هناك سبيل لدفعهم غير ذلك (٣) ، اعمالا للحديث الشريف « من أتاكم وأمركم جميع يريد أن

---

(١) تفسير الطبرى ، جـ ٥ ، ص ٨٩ .

(٢) نظر باب البغاة فى كتب الفقه .

(٣) يفرق الفقهاء فى معاملة البغاة الخارجين على طاعة الخليفة بين مجرد الاختلاف فى الراى ، وهو أمر لا عقاب عليه ، وحالة ما اذا حرضوا الناس على عدم طاعة السلطان ، وحينئذ يجوز للسلطان تعزيرهم . أما الحالة الثالثة فهى اعلان استقلالهم عن الامام وتكوين دولة لهم وحينئذ يكون للامام محاربتهم .

ويقول الماوردى فى كتابه الاحكام السلطانية ، ص ٥٨ « واذا بغت طائفة من المسلمين ، وخالفوا راى الجماعة ، وانفردوا بمذهب ابتدعوه ، فان لم يخرجوا به من المظاهرة بطاعة الامام ، ولا تميزوا بدار اعتزلوا فيها ، وكانوا افرادا متفرقين ، تنالهم القدرة وتمتد اليهم اليد ، تركوا ولم يحاربوا ، واجريت عليهم احكام العدل فيما يجب لهم وعليهم من الحقوق والحدود .. فان تظاهروا باعتقادهم وهم على اختلاطهم بأهل العدل ، اوضح لهم الامام فساد ما اعتقدوا وبطلان ما ابتدعوا ، ليرجعوا عنه الى اعتقاد الحق وموافقة الجماعة ، وجاز للامام ان يعزر منهم من تظاهر بالفساد ادبا وزجرا ... وأن امتنعت هذه الطائفة الباغية عن طاعة

يفرق جماعتكم فاضربوه بالسيف ، أو فاقتلوه » ، وقد أساء كثير من خلفاء بنى أمية — والعباسيون من بعدهم وسلاطين آل عثمان — استخدام حق مقاتلة البغاة وبالغوا فى تعقب خصومهم السياسيين (مثل ما حدث فى مذبحة كربلاء وغيرها) .

ومسئولية الخليفة عن أداء واجباته مسئولية مزدوجة : أمام الله تعالى وأمام الأمة . فولاية أمر المسلمين يعتبر فى الاسلام أمانة يتعين أداؤها على الوجه الأكمل امتثالا لأمر الله تعالى فى العديد من الآيات القرآنية ومنها قوله تعالى « ان الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها ، واذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » (سورة النساء : ٥٨) (١) .

وبجانب هذا الجزاء الأخروى يوجد جزاء دنيوى أمام الأمة (٢) التى فوضت الخليفة فى تصريف أمورها بمقتضى عقد البيعة . فهى رقيبة على تصرفاته ومن حقها أن تفسخ عقد البيعة اذا فقد الخليفة شرطا من شروط انعقادها لأنها شروط انعقاد وشروط استدامة كأن طرأ على بدنه نقص فى الحواس أو الأعضاء مما يؤثر فى الرأى والعمل أو حاد عن الطريق السوى فجار وظلم أو أظهر عدم كفاية فى ادارة شئون الدولة أدى الى اختلال أمور المجتمع أو خالف الشرع فى سلوكه وتصرفاته أو تهاون فى تطبيق شريعة الله مما أدى الى انتكاس أمور الدين .. الخ . والفقهاء مجمعون على وجوب تقويم مثل هذا الامام سواء بنصحه أو باقامة

= الامام ، ومنعوا ما عليهم من الحقوق وتفردوا باجتباء الأموال وتنفيذ الأحكام ، فان فعلوا ذلك ولم ينصبوا لانفسهم اماما ولا قدموا عليهم زعيما. وان فعلوا ذلك وقد نصبوا لانفسهم اماما .. حوربوا فى الحالين على سواء لينزعوا عن المباينة ، ويفيئوا الى الطاعة » .

(١) وجاء فى صحيح مسلم قوله عليه الصلاة والسلام لابى ذر حينما سأله امارة احدى الولايات « أنها أمانة وانها يوم القيامة خزى وندامة ، الا من اخذها بحقها ، وأدى الذى عليه فيها » .

(٢) هذا القول لا ينصرف الى مذهب الشيعة الذين يذهبون الى عصمة الامام من الخطأ وأنه معين من قبل سلفه حتى نصل الى على الذى عينه الرسول ، وتنزيه الامام عن الخطأ اقتضى عدم مساءلته امام الأمة وقصر مساءلته امام الله تعالى .

الحد عليه تبعا لجسامة الفعل الذى أتاه أو عزله اذا قام به سبب من أسباب العزل (١) .

ولما كان أهل الحل والعقد هم الذين اختاروا الخليفة فانه يقع على عاتقهم مسئولية اعلان عزله واستبدال غيره به . فاذا ما رفض الخليفة المخلوع الانصياع الى رأى الأمة فى عزله وظل فى مكانه رغما عنهم فان الفقهاء أنقسموا الى فريقين . ذهب فريق منهم (الخوارج والمعتزلة والزيدية) الى وجوب الخروج عليه والثورة ضده استنادا الى بعض الآيات القرآنية ومنها « فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله » . ويعرف هذا المذهب « سل السيف » . وذهب جمهور الفقهاء الى التمسك بالصبر — مع استمرار النصيحة — ومنعوا الخروج عليه ، بل أجازوا بيعة المتغلب أو من لم تتوافر فيه شروط الخلافة ، وكل ذلك تأسيسا على حالة الضرورة دفعا للفتن وسفك الدماء من ناحية ومنعا لانتشار الفوضى اذا ما أعلن بطلان الخلافة مع العجز عن استبدال الخليفة . وهذا هو « مذهب الصبر » . وبالرغم من رفضهم للثورة على الامام الجائر

---

(١) وأقوال الفقهاء قاطعة فى هذا الشأن ، منها على سبيل المثال ما ذكر الريس فى كتابه النظريات السياسية ، ص ٣٣٩ — ٣٤٢ :

البغدادى فى كتابة أصول الدين ، ص ٢٧٨ « ومتى زاغ عن ذلك كانت الامامة عيارا عليه : فى العدول به من خطئه الى صواب ، أو فى العدول عنه الى غيره ، وسبيلهم معه فيها كسبيله مع خلفائه ، وقضاته ، وعماله ، وسعاته ، ان زاغوا عن سنته عدل بهم ، او عدل عنهم » وقول الايجى فى كتابه المواقف ، جـ ٨ ص ٣٥٣ « وللامة خلع الامام وعزله ، بسبب يوجبه مثل ان يوجد منه ما يوجب اختلال أحوال المسلمين ، وانتكاس أمور الدين ، كما لهم نصبه واقامته لانتظامها واعلائها » .

وهذا المعنى هو ما ردده كل من الخليفة أبى بكر وعمر غداة مبايعة كل منهما بالخلافة . فالخليفة أبو بكر قال فى خطابه للناس بالمسجد بعد مبايعته « أما بعد أيها الناس ، فانى وليت عليكم ولست بخيركم ، فان احسنت فأعينونى وان أسأت فقومونى .. اطيعونى ما أطعت الله ورسوله ، فاذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم » .

ويجب أن نلاحظ ان الخليفة عثمان رفض الانصياع لراى من طالبه بخلع نفسه أثناء الثورة عليه وقال لهم .. لا أنزع قميصا كسانيه الله تعالى»

الا أنهم لا يعتبرون الخروج عليه بغيا ، فاذا ما نجحت الثورة أعترفوا بخلافة من خلفه اذا كان مستوفيا لشرائطها (١) •

المبحث الاول

الاجتهاد وتطور الفقه الاسلامي : تميز عصر تأسيس الفقه الاسلامي بظهور الاجتهاد وما تولد عنه من أدلة جديدة هى الاجماع والقياس وسنخصص مطلبا للاجتهاد وآخر للاجماع وثالث للقياس •

المطلب الاول

الاجتهاد (الرأى) (٢)

تعريفه : جرى العلماء على استعمال مصطلح الاجتهاد ومصطلح الرأى كمصطلحين مترادفين للدلالة على معنى واحد • ويقصد بالاجتهاد فى اللغة : بذل المرء وسعه للوصول الى حقيقة أمر من الأمور التى لاسبيل الى الكشف عن حقيقتها الا بكلفة ومشقة ، ويقصد به عند علماء الأصول « بذل الفقيه وسعه فى استنباط الحكم الشرعى العملى من الدليل التفصيلى » (٣) • ويقصد بالرأى فى الفقه العقل والتدبير ، ومن هنا يعرفه العلماء على حد تعبير ابن القيم « ولكنهم خصوه (أى الرأى) بما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه

---

(١) انظر فى تفصيل الآراء المختلفة ، الريس ، النظريات السياسية ، وما بعدها .

(٢) انظر : الخضرى ، تاريخ التشريع الاسلامى ، ص ١٢٨ — ١٣٩ ، ص ١٥٥ — ١٩٠ و ٢١١ — ٢١٨ ، أبو زهرة ، أبو حنيفة ، ص ٩٢ — ١٠٤ ، أبو زهرة ، مالك ، ص ١٦٠ — ١٧٢ ، عبد الوهاب خلاف ، اصول الفقه ، وبحثه عن : السلطات الثلاث فى الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٣٦ ، ص ٤٤١ ، وبحثه عن مصادر التشريع الاسلامى مرنة ، ص ٢٥٣ وما بعدها ، مختار القاضى ، الراى فى الفقه الاسلامى ، ص ٣٢ وما بعدها ، أحمد أمين ، فجر الاسلام ، الطبعة الثالثة عشرة ، ص ٢٤٣ وما بعدها .

(٣) البرديسى : اصول الفقه ، ص ٤٥٥ .

الأمارات ، ولا يقال أيضا للأمر المفعول الذى لاتختلف فيه العقول ولا تتعارض فيه الأمارات أنه رأى وان احتاج الى فكر وتأمل كدقائق الحساب ونحوها » • ويبين من كلا التعريفين أن الرأى أو الاجتهاد الذى لا يعتمد على دليل شرعى مقبول يدخل فى عداد اتباع الهوى ولا يجوز بناء الأحكام عليه •

والرأى ، بهذا المعنى ، قريب من معنى العدالة ، أى ما يرشد اليه الذوق السليم مما فى الأمر من عدل وظلم • وقد قسم الفقهاء الرأى الى ثلاثة أقسام :

١ ــ الرأى بمعنى اتباع الهوى والحكم بغير دليل مقبول من الشرع ، ويرفض الفقهاء الأخذ به ومن ثم لا يجيزون بناء الأحكام على أدلة غير معتمدة فى الشريعة •

٢ ــ الرأى بمعنى الاجتهاد أى استخراج الأحكام من نصوص القرآن والسنة ، وهو بهذا المعنى يسمى فقه القرآن والسنة •

٣ ــ الرأى بمعنى الأدلة الشرعية ، عدا القرآن والسنة ، التى تبنى عليها الأحكام مثل القياس ، الاستحسان ، المصالح المرسلة ، العرف ... الخ •

تاريخ ظهوره : انحصرت مصادر التشريع (١) فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم ــ كما سبق القول ــ فى مصدر وحيد هو ارادة العناية الالهية سواء ظهرت بطريق مباشر ــ فى القرآن ــ أم بطريق غير مباشر ، فى السنة ، وبعد وفاته حدث تطور هام فى المجتمع الإسلامى اقتضى ظهور مصدر جديد هو ما اسمى الاجتهاد أو الرأى •

---

(١) يقصد بالتشريع فى العصر الحديث وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة المختصة (البرلمان) اما فى الفقه الاسلامى فيقصد به استنباط الأحكام من الكتاب والسنة . وهذا المعنى يقتضى التمييز بين القواعد الواردة فى الكتاب والسنة وهى ملزمة ، وتلك التى استنبطها المجتهدون من دليل شرعى فى حالة خلو الكتاب والسنة من حكم ، وهى لا ترقى الى مرتبة الالزام الا اذا كانت محل اجماع أو صدر بها قرار من ولى الأمر .

انتشر الاسلام فى أعقاب الفتوحات الاسلامية ، وخضع سكان البلاد المفتوحة لحكم المسلمين ، ولهذه البـلاد عاداتها وتقاليـدها وقوانينها وحضارتها وتختلف ظروف بيئتها الاجتماعية والاقتصـادية عن الجزيرة العربية . واختلط المسلمون العرب الفاتحون بسكان هذه البلاد . وترتب على كل ذلك ظهور حاجات ومشاكل جديدة تتطلب أحكاما لهـا واحتاج المسلمون فى كافة الأمصار — بعد وفاة الرسول عليه السلام — الى من يرشدهم الى القواعد القانونية الواجبة التطبيق فيما يواجهونه من أحداث ووقائع . وفى نفس الوقت كان المأثور من تشريعات الرسول وأحكامه لا يفى بهذه الوقائع المتجددة . وترتب على ذلك ظهور مصدر جديد للتشريع أطلق عليه اسم الرأى أو الاجتهاد (١) ، وقد عبر الشهر ستانى عن ذلك بقوله « نعلم قطعا ويقينا أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعـا أنه لم يرد فى كل حادثة نص ، ولا يتصور ذلك أيضا ، والنصوص اذا كانت متناهية والواقع غير متناهية ، وما لا يتنـاهى لا يضبطـه ما يتنـاهى ، علم قطعـا أن الاجتهـاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاده » (٢) .

لذلك انتقلت مهمة التشريع الى أيدى نفر من المسلمين أطلق عليهم صفة المجتهدين . وقد اضطلع بهذه المهمة الصحابة والتابعون ثم اضطلع بها من بعدهم الفقهاء أئمة المذاهب الكبرى المعروفة . وكان هؤلاء وأولئك يبذلون جهدهم فى طلب فهم الغاية من النصوص التشريعية والتفتيش عن الأحكام وفهم معناها . ولم يكن هذا الاجتهاد وقفا على فئة دون أخرى من المسلمين بل كان واجبا على كل مسلم اتصف بالصفات الواجب توفرها فى المجتهد . وهى حسب ما بينه علماء أصول الفقه بعد ازدهار هذا العلم فى العصر العباسى : العقل والرشد والعدالة والعلم بمدارك الأحكام من أدلة

---

(١) ابن القيم : أعلام الموقعين ، جـ ١ ، ص ٧٦ .

(٢) أنظر : الشهر ستانى ، الملل والنحل ، جـ ١ ، ص ٣٤ .

ولغة وتفسير وأسباب نزول القرآن وقواعد مصطلح الحديث وفهم مقاصد الشريعة .

انقسام المسلمين (أهل السنة) الى أهل الحديث وأهل الرأى :

كان من أثر العوامل التى عرضنا لها فيما سبق أثر هام فى الفقه ، سواء فى ذلك اتساع رقعة الدولة الاسلامية وهجرة كثيرة من الصحابة واقامتهم فى البلاد المفتوحة وشيوع التحديث عن الرسول وانقسام المسلمين سياسيا الى شيعة وخوارج وسنة . فقد أدت كل هذه العوامل الى تباين الرأى فى الموضوعات التى جدت فى المجتمع ، وغلبت على كل بلد فتاوى من كان فيه من الصحابة والتابعين . وكان لتحول الخلافة الى نظام شبيه بالملك منذ العصر الأموى وابتعاد خلفائهم عن سنة السلف أثره فى اهتمام المجتهدين بدراسة القرآن والسنة وتفسيرهما ومحاولة وضع نظام يعتمد فى استنباط الأحكام على الكتاب والسنة والاجماع والقياس وتمسكوا بهذا النظام ولم يسمحوا أبدا بالتجاوز عنه [1] . وبذلك وضعت البذرة الأولى لسير الفقه فى اتجاه نظرى يبتغى المثالية فى الأحكام ولو ابتعد عن الواقع العملى ، وكان هذا الاتجاه بداية لتغليب البحث النظرى على الواقع العملى .

وقد تبلور اختلاف الرأى فى الوقائع الجديدة فى ظل حرية الاجتهاد التى سادت طيلة هذا العصر فى ظهور اتجاهين متميزين ، أهل الحديث وأهل الرأى . وكلا الاتجاهين يعتمد على الكتاب والسنة ويعتبرهما الأصل الأول للتشريع والفارق بينهما يظهر فى أن احداهما لا يميل للرأى الا للضرورة وثانيهما يميل الى الرأى واعمال العقل ويتشدد فى قبول الحديث مخافة الكذب على الرسول . وكان أكثر

---

(١) من امثلة ذلك ما ذكره النسائى صاحب كتاب السنن فى الأحاديث (توفى عام ٣٠٣ هـ) من أن معاوية كتب الى عامله على اليمامة أسيد الانصارى بأن من سرق منه متاع فهو أحق به من حيث وجده فرفض الوالى هذا الراى محتجا بان الرسول والخلفاء أبابكر وعمر وعثمان قضوا بان من أبتاع متاعا مسروقا وكان غير متهم كان صاحبه بالخيار بين اخذه من المشترى بثمنه وبين الرجوع على السارق ، ولكن معاوية تمسك بوجهة نظره فما كان من الوالى الا أن قال « لا أقضى ما وليت بما قاله معاوية » .

انظر : محمد يوسف موسى المدخل ص ٤٥ .

مؤيدى الاتجاه الأول بالحجاز مهد السنة وموطن حملتها من الصحابة وحيث الحياة البسيطة وكان أكثر مؤيدى الاتجاه الثانى بالعراق حيث سادت حضارة عريقة وامتزجت ديانات وفلسفات كثيرة ، وبعدت عن موطن السنة . واعتمدت مدرسة الحجاز على فقه الصحابيين عبد الله بن عمر وزيد بن ثابت ، وانعقد لواء الزعامة من بعدهما لفقهاء المدينة المنورة السبعة (١) وعلى رأسهم أمام المدينة وفقيهها سعيد بن المسيب (توفى عام ٩٣ هـ) وكانت هذه المدرسة نواة مدرسة أهل الحديث التى تفرعت فيما بعد الى مذاهب أهل الحديث الكبرى : المالكية والشافعية والحنابلة فضلا عن الظاهرية . أما مدرسة العراق فقد اعتمدت على فقه الصحابى عبد الله بن مسعود ، وخلفه فى زعامتها من التابعين (٢) ابراهيم النخعى (توفى عام ٩٦ هـ) وهو شيخ حماد بن أبى سليمان (توفى عام ١٢٠) ، شيخ أبى حنيفة ، وكانت هذه المدرسة نواة مدرسة أهل الرأى التى آلت زعامتها الى أبى حنيفة والمذهب الحنفى .

وفى هذه المرحلة ظهر عدد ضخم من الفتاوى والآراء كما ظهر عدد كبير من المجتهدين بين الصحابة والتابعين (٣) وكان اختلافهم فيما أفتوا به يرجع أساسا الى أختلافهم فى الأصول التى يرجعون اليها وتباين البيئات . وبالنظر لكثرة هذه الفتاوى طيلة القرن الأول وأوائل القرن الثانى تحددت

---

(١) وهم : سليمان بن يسار ، عروة بن الزبير ، خارجه بن زيد ، عبيد الله بن عتبة ، ابو بكر بن عبد الرحمن ، القاسم بن محمد ، واشهرهم سعيد بن المسيب امام المدينة .

(٢) من اشهرهم : علقمة ، الأسود بن يزيد ، مسروق ، شريح القاضى . الحارث الأعور .

(٣) اشتهر بتفسير القرآن من الصحابة عشرة هم : الخلفاء الراشدون الاربعة ، عبد الله بن مسعود ، عبد الله بن عباس ، ابى بن كعب ، زيد بن ثابت ، ابو موسى الأشعرى ، عبد الله بن الزبير .

. واشتهر فى الفقه من الصحابة بجانب الخلفاء الراشدين : عبد الله بن مسعود فى الكوفة ، عبد الله بن عباس فى مكة ، زيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو بن العاص فى مصر ، السيدة عائشة زوج الرسول ، أبو موسى الأشعرى ، معاذ بن جبل

انظر ، صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ٩٨ — ٩٩ .

معالم الفقه الاسلامي واتجاهاته مما جعله بمنأى عن التأثر بالقوانين الأجنبية ، وخاصة القانون الروماني ، حينما اشتد ساعد الحركة العلمية وعمد المسلمون الى نقل وترجمة كنوز العلم والمعرفة الأجنبية خلال العصر العباسي •

وظاهرة انقسام الفقه الاسلامي الى مدرستين أو أكثر ليست ظاهرة فريدة فى التاريخ ، بل هى ظاهرة عامة تحدث فى كل الشرائع فى دور شبابها وبداية نضوجها • ونجد شبيها لذلك ما حدث عند الرومان فى بداية القرن الأول الميلادى حينما انقسم الفقهاء الى مدرستين شهيرتين • المدرسة السابينية وهى مدرسة محافظة تتمسك بالنصوص ، والمدرسة البروكيلية ، وهى مدرسة مجددة تعول على الرأى •

محل الاجتهاد : ان مجال الاجتهاد يختلف تبا لما اذا كانت الحالة المعروضة قد ورد فيها نص فى الكتاب أو السنة أو لم يرد فيها نص •

١ ــ حالة وجود النص : اذا انصب الاجتهاد على بذل الجهد واعمال العقل لاستخراج الأحكام من نصوص الكتاب والسنة فان هذا الاجتهاد يسمى فقه الكتاب والسنة • والحال يختلف تبعا لحالة النص • فان كان النص قطعى الورود وقطعى الدلالة ، فان ثبوته يصل الى مرتبة اليقين ، كما هو الحال فى كل نصوص القرآن وفى نصوص السنة المتواترة ، وتكون دلالته واضحة لاتحتمل تأويلا ، ومن ثم يتعين تطبيق الحكم الوارد بها على الوقائع المعروضة ولا محل للاجتهاد فيها (١) • اما ان كان النص قطعى الورود ولكنه ظنى الدلالة فان ثبوته لا يرقى اليه أدنى شك ولكنه يحتمل أكثر من معنى ، وهنا يسوغ الاجتهاد فى فهم المعنى (٢) • فان كان النص

---

(١) مثل قوله تعالى فى سورة النور : ٢ « والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » فلا محل للاجتهاد فى عدد الجلدات .

(٢) مثل قوله تعالى فى سورة البقرة : ٢٨ « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء» . والقرء فى لغة العرب يعنى الحيضة كما يعنى الطهر . وقد انتهى اجتهاد الحنفية الى أن عدة المطلقة تنتهى بثلاث حيضات بينما انتهى الشافعية الى انها ثلاثة اطهار اى تمتد الى ما بعد الاغتسال من الحيضة الثالثة .

ظني الورود قطعى الدلالة فلا مجال للاجتهاد فى فهم معناه ولكن يسوغ الاجتهاد للتثبت والاطمئنان الى صحة ثبوته ، كما هو الحال فى الأحاديث غير المتواترة . أما ان كان النص ظنى الدلالة ساغ الاجتهاد للتأكد من ثبوته ولفهم معناه معا .

وهكذا تمكن المجتهدون عن طريق تفسير ما يحتاج الى تفسير من نصوص الكتاب والسنة وتأويلها الى استظهار أحكام يدق فهمها على غيرهم . والاجتهاد هنا يأخذ صورة فقه الكتاب والسنة .

٢ — حالة عدم وجود النص : اذا كانت الواقعة المعروضة لا نص فيها لا فى الكتاب ولا فى السنة ، فان المجتهد يبذل جهده ويعمل عقله للوصول الى حكم لها ، ويتعين عليه أن يبنى هذا الحكم على دليل شرعى ، والاجتهاد هنا يعنى الأدلة الشرعية عدا الكتاب والسنة . ومجال الاجتهاد فى هذا الصدد واسع . وفى صدر الاسلام كانوا يستعملون القياس بمعنى مرادف لمعنى الرأى ، ذلك أن القياس كان هو الصورة المألوفة فيما لم يرد فيه نص بجانب الاجماع . والواقع أن الصحابة والتابعين من بعدهم كانوا يجتهدون لاستنباط الأحكام من الكتاب والسنة ، فاذا لم تسعفهم النصوص اجتهدوا فى فهم علة النص وحكمته حتى يتمكنوا من تطبيقه على الحالات المماثلة التى لم يرد فيها نص ، وهو ما أسمى بالقياس . وكان سبيلهم الى ذلك اعتماد معقول النص . كذلك كان الصحابة يتشاورون فى الأمور التى لم يرد فيها نص فان اتفق رأيهم ، كان هذا الاتفاق هو دليل الحكم ، وهو ما اسمى بالاجماع . ولذلك ظهر دليلان عقليان جديدان بجانب الكتاب والسنة هما القياس والاجماع . أما العرف فلم يكن فى هذا العصر دليلا مستقلا بل كان يؤخذ به ان كانت نصوص الكتاب أو السنة قد أقرته أو استند الى الاجماع أو القياس ، وفى كل هذه الحالات لا يعتبر العرف دليل الحكم بل هو الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس . ولما كان هذا الاجتهاد يعتمد على العقل والنظر فقد بدأت بوادر الاختلاف فى عصر الصحابة سواء فى مجال فهم النصوص وتفسيرها أو فى التعرف على علة الحكم وحكمته ومن ثم مسلك كل منهم فى التوسع فى القياس أو

التشدد فيه . يضاف الى ذلك اختلافهم فى درجة اطمئنانهم الى بعض الأحاديث ومدى الاعتماد عليها . وقد ظهرت آثار هذه الاختلافات بصورة جلية بعد تفرق الصحابة والتابعين فى الأمصار وبعد اشتداد الخلاف السياسى بعد أنقسام المسلمين الى خوارج ، شيعة . آهل السنة والجماعة . وظل الحال كذلك حتى القرن الثانى الهجرى .

حكمه وحجيته : اختلف حكم الاجتهاد وحجيته تبعا لعصور ازدهار الفقه الاسلامى وجموده . وفى العصر الذى تتحدث عنه (عصر تأسيس الفقه) كانت حرية الاجتهاد مكفولة بل واجبة . كما يجب الاحتراز فى مقارنة دور الاجتهاد فى الفقه الاسلامى ودوره فى القوانين الحديثة .

ففى القوانين الحديثة ذات الأصل اللاتينى — حيث يغلب التشريع (مثل فرنسا وايطاليا والبلاد العربية) — يقوم الاجتهاد بدور تفسيرى للقانون سواء فى ذلك اجتهاد القضاء أو الفقه ولا يرق أبدا الى درجة الالزام . ولكن القوانين الانجلوسكسونية (انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية ، والهند واستراليا وجنوب أفريقية) — حيث يغلب العرف والقضاء — تجعل من القضاء مصدرا رسميا اذ تلتزم المحاكم بالسوابق القضائية باعتبارها قانونا ملزما لها (١) . أما الاجتهاد فى الشريعة الاسلامية فيصعب الفصل بين اجتهاد الفقه واجتهاد القاضى ، فالفقيه كان قاضيا والقاضى كان فقيها . فالقاضى كان يستعين فى قضائه بفتوى الفقيه كما كان يسترشد بقضاء أسلافه ، وكان الفقيه يستعين بما يطرح أمام القضاء من مشاكل وما ينتهون اليه من آراء فى اصدار فتاويه . ومن ناحية أخرى كان الاجتهاد مصدرا رسميا للقانون سواء فى ذلك اجتهاد الفقيه أم اجتهاد القاضى وسواء فى عهود الأزدهار أم فى عهود جمود الفقه بالنظر لقلة النصوص والأحكام الواردة فى الأدلة النقلية (كتاب ، سنة ، اجماع) مما أدى الى الاعتماد على الاجتهاد فى استنباط الحكم المناسب سواء كان المجتهد فقيها أم قاضيا على ما سنرى طالما اندرج الاجتهاد تحت دليل من الأدلة الشرعية المعروفة .

---

(١) انظر : عبد المنعم فرج الصدة ، أصول القانون ، بيروت ، ١٩٧١ ، ص ١٧٨ وما بعدها .

فقبل قفل باب الاجتهاد حيث سادت حرية الاجتهاد كان من المسلم أن ما توصل اليه الفقيه من حكم للحالة محل بحثه لا يصبح قطعيا ، ومن ثم لا يكون بذاته (١) ملزما لأنه يحتمل الخطأ كما يحتمل الصواب ، وله أجره فى الحالين عملا بالحديث الشريف « اذا اجتهد الحاكم (القاضى) فله أجران وان أخطأ فله أجر واحد» .ومن المسلم أيضا أن الرأى الذى انتهى اليه المجتهد ـــ سواء كان فقيها ام قاضيا ـــ لا يلزم غيره . ولذلك يقرر أبو حنيفة ـــ زعيم مدرسة الرأى ـــ « علمنا هذا رأى ، وهو أحسن ما قدرنا عليه ، فمن قدر على غير ذلك ، فله ما رأى ، ولنا ما رأينا » . وذات المعنى يؤكده مالك ـــ زعيم مدرسة الحديث ـــ « ليس أحد الا يؤخذ من قوله ويترك الا رسول الله صلى الله عليه وسلم » . ولذلك رفض الامام مالك ما عرضه عليه كل من الخليفة المنصور والخليفة هارون الرشيد من بعده الزام الناس بما ورد فى كتابه الموطأ (٢) . وتطبيقا لذات المبدأ (حرية الاجتهاد) يستطيع المجتهد أن يغير رأيه اذا ما تبين له فيما بعد خطأ رأيه الأول . ويجب أن تلاحظ أن نتيجة تغيير الرأى تختلف تبعا لما اذا كان المجتهد فقيها أو قاضيا (حاكما) . فان كان فقيها وجب عليه أن يعمل باجتهاده الجديد ، أما ان كان قاضيا (حاكما) تبقى لحكمه الأول حجيته وآثاره ولا يطبق اجتهاده الجديد الا على الوقائع الجديدة اللاحقة لحكمه الأول . وهذا هو ما دفع الخليفة عمر بن الخطاب حينما غير رأيه الى القول « ذاك على ما قضينا وهذا ما نقضى » (٣) .

---

(١) ويكتسب الحكم الاجتهادى الالزام اذا دعمه عنصر آخر . ويكون ذلك فى حالتين : احداهما ان يكون موضوع اجماع وثانيهما : ان يصدر به قرار من الخليفة ففى هاتين الحالتين يرقى الاجتهاد الى مرتبة التشريع .

(٢) أنظر : صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٨ — ١٥٩ .

(٣) قال الخليفة عمر هذا القول بمناسبة اشراكه الاخوة الاشقاء للاخوة لأم فى ثلث تركة من توفيت عن اخوه اشقاء واخوة لأم وزوج وام ، بعد أن كان قد قضى بحرمان الأخوة الأشقاء . واكد الخليفة عمر هذا المبدأ فى كتابه لأبى موسى الاشعرى حينما ولاه القضاء ، فجاء فيه « ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم ، فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ، ان تراجع فيه الحق ، فان الحق قديم لا يبطله شىء ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل » . انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٥٧ والمراجع الواردة به .

ونتيجة للأخذ بمبدأ حرية الاجتهاد اختلفت الآراء الفقهية فى الموضوع الواحد واختلف المجتهدون فيما بينهم ، سواء فى ذلك عهد الصحابة والتابعين أم عهد أئمة المدارس الفقهية والمذاهب الاسلامية الكبرى . وهذا الاختلاف فى الرأى لا يكون الا حيث لا يوجد نص قرآنى قطعى الدلالة لحكم أو سنة لاريب فى ثبوتها وفى دلالتها . وقد تعددت أسباب اختلاف الرأى . ففى عصر الصحابة والتابعين قد يرجع الاختلاف الى الاختلاف اللغوى (١) ، وقد يكون مرجع الاختلاف هو ترك حديث الآحاد الى القياس عند البعض والأخذ به وتقديمه على القياس عند البعض الآخر (٢) . وقد يعود الاختلاف الى تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية وتباين البيئة (٣) ، وقد يكون سبب الاختلاف هو تقدير المصلحة

---

(١) مثل اختلافهم حول معنى القرء الوارد فى آية الطلاق (سورة البقرة: ٢٢٨) هل هو الحيضة أم الطهر ، وكذلك الاختلاف حول توريث الجد مع الاخوة .. فقد اعتمد الخليفة أبو بكر على تفسير الاية ٣٨ من سورة يوسف فقد اعتبر الجد أبا مجازا ومن ثم يحجب الأخوة . أما الخليفة عمر فقد نظر الى الحقيقة ومن ثم يرث الاخوة مع الجد .

انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٨ .

(٢) ومن امثلة ذلك ما أفتى به عمر بوجوب النفقة والسكن للمطلقة البائنة بينما أفتى غيره بعدم وجوبهما لها أخذا بحديث احاد (حديث فاطمة بنت قيس) ومن ذلك أيضا أن الصحابى عبد الله بن مسعود أخذ بحديث الآحاد فى خصوص من توفى عنها زوجها قبل الدخول بها ولم يكن قد سمى لها مهرا فيصبح لها مهر المثل ، أما الخليفة على فترك هذا الحديث وقدم عليه القياس على الحكم الوارد فى الآية ٢٣٦ من سورة البقرة التى تقول «لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن او تفرضوا لهن فريضة » قياس حالة وفاة الزوج قبل الدخول بزوجته على حالة الطلاق قبل الدخول ، انظر : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١١٨ .

(٣) كان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية فى عهد ابى بكر وأوائل عهد عمر ، ولما أساء الناس استعمال هذا الحق قرر الخليفة عمر جعله طلاقا ثلاثا تبين به الزوجة بينونة كبرى ، وذلك زجرا لهم على تسرعهم وخالفه فى ذلك على بن ابى طالب وغيره . ومن ذلك ايضا أن ضوال الابل كانت تترك — فى عهد الخليفة عمر — تتناتج لا يمسها أحد حتى يجدها صاحبها . وفى عهد الخليفة عثمان بدأت الايدى تمتد الى ضوال الابل فأمر بجمعها وتخصيص عامل لرعايتها والاعلان عنها فان لم يظهر صاحبها ببيعت واحتفظ له بالثمن .

انظر : أعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٢٤ ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٨ — ٤٠ .

العـامة (١) .

وظلت حرية الاجتهاد مكتولة ـ طيلة هذا العصر ـ دون تدخل من الخلفـاء (٢) .

المطلب الثـانى

الاجمـاع

تعريفه (٣) : تعددت تعريفات الاجماع فى كتب أصول الفقه وأخذنا منها التعريف السائد لدى الجمور ، وهو يقول « اتفاق جملة المجتهدين فى عصر معين على حكم واقعة معينة » (٤) .

---

(١) ومن أمثلة ذلك : كان الخليفة أبو بكر يسوى بين المسلمين فى العطاء، وكانت وجهة نظره فى التسوية ان « فضائلهم عند الله ، فأما هذا المعاش فالتسوية فيه خير» . بينما الخليفة عمر راى الا يسوى بين من قاتل رسول الله ومن قاتل معه ، ولذلك رأى ان يكون « الرجل وتلاده فى الاسلام ، والرجل وغناؤه فى الاسلام ، والرجل وحاجته فى الاسلام » . ومن أمثلة ذلك ايضا الخلاف الذى ثار بين الصحابة حول قسمة الاراضى بين الفاتحين بعد فتح العراق . ذهب البعض ـ اعتمادا على تفسير الاية ٤١ من سورة الانفال ـ الى أن الخمس يذهب الى بيت المال أما الباقى فيوزع بين الفاتحين ، بينما ذهب الخليفة عمر ـ اعتمادا على تفسير الآيات ٨ ـ ١٠ من سورة الحشر ـ الى عدم قسمة الاراضى بين الفاتحين بل تبقى فى أيدى اهلها ويفرض عليها خراج تستفيد منه الأجيال المقبلة ، وبعد مناقشات استمرت ثلاثة ايام أجمعوا على اختيار رأى عمر .

انظر : تاريخ التشريع للخضرى ، ١٢٦ ، محمد يوسف موسى ، المدخل، ص ٣٥ .

(٢) يروى عن الخليفة عمر بن الخطاب أنه لقى رجلا فقال له .... ما صنعت قال : « قضى على بكذا وزيد بكذا . قال عمر : لو كنت أنا لقضيت بكذا . قال : فما منعك والأمر اليك . قال عمر : لو كنت اردك الى كتاب الله او الى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم لفعلت ، ولكنى أردك الى رأيى ، والراى مشترك . ولم ينقض ما قاله على وزيد .

(٣) الاجمـاع لغـة هو العزم مثل قوله تعالى « فاجمعوا أمركم » وقول الرسول صلى الله عليه وسلم « لا صيام لمن لا يجمع الصيام من الليل »، وقيل ان الاجماع هو اتفاق الكلمة .

(٤) هذا التعريف مأخوذ بتصرف من الآمدى ، الاحكام ، جـ ١ ، ص ٢٨١ ـ ٢٨٢ أنظر فى تفاصيل تعريف الاجماع ، المرجع السابق وكذلك : المستصفى للغزالى ، جـ ١ ، ص ١١٠ .

ويبين من هـذا التعريف أن الاجماع لا يتحقق الا بتوافر أركان أربعـة هى :

وجود عدد من المجتهدين فى الزمن الذى وقعت فيه الحادثة التى يراد معرفة حكمها لخلو الكتاب والسنة من حكم لها . فاذا لم يوجد مجتهدون فى هذا الوقت أو اقتصر الأمر على مجتهد واحد استحال وقوع الاجماع لغياب أحد أركانه .

والركن الثانى هو اتفاق جميع مجتهدى العصر الذى وقعت فيـه الواقعة محل البحث على حكم معين . والمقصود بذلك جميع من توافرت فيهم شروط الاجتهاد فى جميع الاقطار الاسلامية سواء انتظمت هذه الأقطار فى دولة وحدة أم فى أكثر من دولة وسواء كانوا كلهم أو بعضهم معينين من قبل الدولة أو منتخبين أم عرفوا بذلك بين الناس ولا ينعقد الاجماع اذا وجد رأى مخالف ولو كان رأى مجتهد واحـد (١) .

والركن الثالث يتمثل فى طريقة اتفاق جملة المجتهدين . ويتم ذلك بابداء الرأى فى الأمر المعروض ، ويكون ذلك بالقول أو الفعل (مثل الحـكم القضائى الصادر من أحد المجتهدين فى الحادثة المراد معرفة الحكم فيها) أو السكوت (ويقصد به سكوت الباقين سكوتا مجردا أى السكوت الذى تدل ظروف الحال والقرائن على أنه يدل على عدم المخالفة أو على الموافقة) . ولا يهم بعد ذلك أن يتم ابداء الرأى على انفراد أو مع الجميع بعد مناقشة تمت فى مكان وحد أو فى عدة أماكن ولا يهم وجود المجتهدين فى مكان واحد أو قطر واحد أو تفرقهم فى سائر الأمصار .

ويشترط أخيراً أن ينصب الاجماع على حكم شرعى كصحة العقـد أو فساده أو بطلانه . فلا يعد اجماعا بالمعنى الفقهى اتفاق الكلمة على أمر خاص باللغة .

---

(١) ذهب الامام مالك الى الاكتفاء بإجماع اهل المدينـة . انظـر : البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٢١٣ ومما بعدها . وقد حصر أحمد بن حنبل الاجماع فى اجماع الصحابة وحدهم انظر : صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٠ .

والاجماع بهذه الصورة لايتشابه لا من حيث الشكل ولا من حيث المضمون مع أى من النظم المعروفة فى الفقه الأوربى المعاصر . فهو ليس قرارا صادرا من مجلس نيابى ، لأن المجلس النيابى لايقتصر تكوينه على المجتهدين ، وهو ليس حكما صادرا من مجمع دينى ، لأن المجتهدين ليسوا رجال كهنوت اذ لاكهنوت فى الاسلام ، وهو ليس استفتاء شعبيا ، لأن ابداء الرأى يقتصر على المجتهدين ولا عبرة برأى عامة الناس سواء كان موافقا لرأى المجتهدين أو مخالفا . ولا يشترط فى المجتهدين — كما أسلفنا — سوى تحقق شروط الاجتهاد بصرف عن كونهم معينين من قبل الدولة أم لا وبصرف النظر عن كونهم منتخبين طبقا لنظام انتخابى معين أم كونهم اكتسبوا صفة الاجتهاد بما عرفوا به بين الناس (١) .

أنواعه : ينقسم الاجماع الى نوعين : صريح وسكوتى . والاجماع الصريح يكون بتداول الرأى والتشاور والتعبير عنه صراحة من جانب المجتهدين ، ويكون هذا التعبير بالقول أو الفعل . أما الاجماع السكوتى فيكون بعدم اعلان رأيهم بالموافقة أو بالمعارضة للرأى الذى قيل فى المسألة المطروحة للبحث مع علمهم بهذا الرأى ومع توفر الوقت الكافى للبحث وتكوين الرأى .

مستند الاجماع : من المسلم أن الاجماع اذا انعقد لابد وأن يكون مستندا الى دليل شرعى . فالقرآن الكريم مصدر للأحكام وملزم لنا لأنه كلام الله تعالى ، والسنة مصدر للأحكام وملزمة لنا لأن النبى صلى الله عليه وسلم لاينطق عن الهوى ، أما الاجماع فهو اجتهاد بشرى ومن ثم يتعين أن يكون مستندا الى هذين المصدرين ، والقول بغير ذلك ينتهى الى اباحة التشريع بغير دليل شرعى وهو أمر غير جائز فى شريعة الله . ومن هنا كانت حجية الاجماع من الناحية الموضوعية راجعة الى ما استند عليه من أدلة شرعية . فاذا ما انعقد الاجماع لا ينقل الدليل معه بل يصبح حجة فى ذاته فلا نبحث عن الدليل الذى بنى عليه الاجماع بل نبحث فقط عن وجود

---

(١) انظر كتابنا : بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص ١٠٥ — ١٠٦ .

الاجماع وصحة نقله ، اذ لو جاز البحث عن مستند الاجماع لكانت الحجية للدليل الذى بنى عليه وليس للاجماع ذاته . وسبب عدم البحث عن مستند الاجماع أنه من غير المعقول أن يجتمع المجتهدون على ضلالة . ولما كان الاجماع حجة قائمة بذاته فهو دليل نقلى ومن ثم جاز اعتباره اصلا يقاس عليه ، مثله فى ذلك مثل الكتاب والسنة .

ومن أمثلة الأجماع الذى يستند الى الكتاب ، الرأى الذى أنتهى اليه العلماء فى عهد عمر بعدم جواز قسمة الأراضى التى تفتح عنوة (مثل أرض العراق) اعتمادا على تفسير الآيات ٧ — ١٠ من سورة الحشر « ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذوى القربى . . . والذين جاءوا من بعدهم » . ومنها تحريم الجدة استنادا الى قوله تعالى فى سورة النساء : ٢٣ « حرمت عليكم أمهاتكم . . . الخ » فالمقصود بالأم فى هذه الآية الأصل ، والجدة أصل مثلها فى ذلك مثل الأم .

ومن أمثلة الاجماع الذى يستند الى السنة توريث الجدة السدس فى التركة استنادا الى حديث الاحاد الذى رواه المغيرة بن شعبة وصدقه محمد بن مسلمة الذى سبق أن ذكرناه .

وقد ثار خلاف بين الفقهاء على جواز الاعتماد على القياس كمستند له . فذهب أهل الظاهر الى رفض القياس كمستند للاجماع لأنهم يرفضون القياس كدليل تبنى عليه الأحكام (١) . وذهب الجمهور الى جوازه ، ومن أمثلة ذلك اجماع الصحابة على جلد شارب الخمر ثمانين جلدة قياسا على عدد جلدات القاذف لأنه « اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون » . والواقع أن استناد الاجماع الى القياس هو استناد — بطريق غير مباشر — الى الكتاب أو السنة لأن القياس ذاته يعتمد على أصل وارد فى القرآن أو السنة .

أما ما عدا القياس من أدلة اجتهادية وهى ما تعرف بالأدلة التبعية مثل

---

(١) انظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٣ حيث ينقل عن ابن حزم قوله « لا يمكن البتة ان يكون اجماع من علماء الامة على غير نص من قرآن او سنة » .

المصلحة المرسلة فان وقائع التاريخ تشهد بأنه حدث اجماع مستندا الى المصلحة ، كما حدث بالنسبة لجمع لقرآن الكريم فى مصحف واحد ، كما حدث بالنسبة لقبول شهادة الاقارب على أقاربهم وشهادة احد الزوجين بالنسبة للزوج الآخر . غير أن الرأى مستقر بين جمهور الفقهاء على أن الاجماع الذى يعتمد على مصلحة لا يظل دليلا مستمرا الا اذا كانت المصلحة التى اعتمد عليها مستمرة غير منقطعة ، كما هو الحال فى جمع القرآن الكريم فى مصحف واحد ، فهى مصلحة مستمرة ودائمة ومن ثم يظل حكم الاجماع قائما ودائما . أما ان كانت المصلحة وقتية أى متجددة متغير فان حكم الاجماع بدوره يكون وقتيا أى يتغير بتغير المصلحة دون حاجة الى اجماع جديد ينسخ الاجماع السابق . ومن أمثلة ذلك قبول شهادة الأقارب على بعضهم البعض الآخر ، فهى مصلحة ترتبط بظروف المجتمع وأخلاق الناس ، وتخضع أحكام هذه المصلحة الوقتية لقاعدة « تغير الأحكام بتغير الزمان » ولذلك ذهب أئمة المذاهب الأربعة الى عدم التقيد بالاجماع الذى أجاز قبول شهادة الأقارب وقرروا عدم قبول شهادة الاقارب حفاظا على مصالح الناس من الضياع وخشية حدوث تواطوء بين الاقارب (١) .

حجيته : ذهب أكثر العلماء (٢) الى أن الاجماع الصريح حجة يتعين

---

(١) انظر ، البرديسى ، ص ٢٢١

(٢) ذهب كل من الشيعة والخوارج وبعض طوائف المعتزلة الى انكار حجية الاجماع بنوعيه الصريح والسكوتى تأسيسا على أن حديث معاذ بن جبل لم يذكر الاجماع بين الأدلة التى يعتمد عليها فى الحكم . وفات هؤلاء أن الاجماع — كمصدر للاحكام — لم يظهر الا بعد وفاة الرسول الكريم ، فالسلطة التشريعية كانت محصورة فى يده طيلة حياته .

وقد انكر هؤلاء ايضا الاجماع السكوتى لأن السكوت عن ابداء الرأى قد يكون عن خوف الضرر او تاثرا بالمكانة الادبية لمن ابدوا رايهم . وقد رد عليهم انصار الراى القائل بالاجماع السكوتى بأن السلف كان لا يتورع عن ابداء رايه ولذلك يحمل السكوت على الموافقة واستدلوا على ذلك بما يروى عن الخليفة عمر بن الخطاب حينما اراد جلد امراة حامل ثبت زناها ثم عدوله عن ذلك حينما انبرى له معاذ بن جبل قائلا « ان جعل الله لك على ظهرها سبيلا فلن يجعل لك على ما ببطنها سبيلا » ، وحينئذ قال عمر « لولا معاذ لهلك عمر » . انظر : البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٢١٨ .

الأخذ به كدليل تبنى عليه الأحكام بعد الكتاب والسنة . ودليلهم فى ذلك قوله تعالى فى سورة آل عمران : ١٠٣ « واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا » وقوله تعالى فى سورة النساء : ٥٩ « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول ، وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » فالمجتهدون يدخلون فى عداد أولى الأمر باعتبارهم أهل اختصاص . وانتفاء التنازع الذى أشارت اليه الآية الكريمة لا يكون الا عند الاجماع . والسنة دلت على حجية الاجماع فالحديث يقول « لا تجتمع أمتى على ضلالة » .

أما عن الاجماع السكوتى فقد انقسم الجمهور فى شأنه الى فريقين : فريق يسلم بحجيته تأسيسا على أن الأدلة التى تؤكد حجية الاجماع لم تفرق بين الاجماع السكوتى والاجماع الصريح ، فضلا من أن السكوت يحمل على الموافقة لأن المجتهدين ينزهون عن السكوت لسبب آخر غير الموافقة . وذهبت الأقلية الى أن حجية الاجماع السكوتى حجية ظنية لاحتمال أن يكون سبب السكوت أمرا آخر غير الموافقة .

ويتصل بهذا الخلاف ما ثار بين العلماء حول امكانية انعقاد الاجماع بالشروط التى ذكرها الفقهاء . فذهب البعض (١) الى استحالة وقوعه لاستحالة معرفة كل المجتهدين فى بلاد الاسلام جميعها ولاستحالة معرفة رأى كل منهم . وذهب الجمهور الى أن واقع التاريخ يؤكد حدوث الاجماع — كما سنرى عند الكلام عن أثر الاجماع فى تطور الفقه الاسلامى . والواقع أن أمكانية حدوث الاجماع تحققت فى عهد الخلفاء الراشدين حتى عهد الخليفة عثمان اذ كان المجتهدون معروفين ويعيشون فى مكان واحد ، ولكنهم بعد وفاة الخليفة عمر تفرقوا فى الأمصار فأصبح

---

(١) نقل ابن حزم فى الجزء الرابع من كتابه الاحكام عن احمد بن حنبل « وما يدعى الرجل فيه الاجماع هو الكذب من ادعى الاجماع فهو كذاب لعلى الناس قد اختلفوا ، ما يدريه ، ولم ينتبه اليه ، فليقل : لا نعلم ، الناس اختلفوا » . انظر ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٣ .

من الصعوبة معرفتهم كلهم والوقوف على آرائهم [١] غير أن الأمر يختلف فى زماننا هذا حيث تتعدد وسائل الاتصال ويسهل معرفة المجتهدين فى أى مكان - ان وجدوا - كما يسهل الوقوف على رأى كل واحد منهم كما يسهل جمعهم فى مكان واحد للتشاوور وابداء الرأى فى المشكلات المعاصرة •

مرتبته ومنزلته فى الاستدلال : يعتبر الاجماع المصدر الثالث بعد الكتاب والسنة ، ولكنه يتقدم الأدلة الأخرى • ولذلك لا نلجأ اليه الا عند خلو الكتاب أو السنة من حكم للموضوع المعروض • كما أنه لايجوز - طبقا للرأى السائد بين الفقهاء - نسخ حكم ورد فيهما عن طريق الاجماع• ولما كان الاجماع من المصادر النقلية ولما كانت مرتبته أعلى من المصادر الاجتهادية الأخرى كالقياس والأستحسان ••• الخ فانه يتقدم هذه المصادر ولا يجوز لأى منها نسخ حكم تقرر بالاجماع ، وعلى ذلك فان الحكم الناتج عن الاجماع لاينسخه الا اجماع آخر •

اثره فى تطور الفقه الاسلامى : كان الاجماع مصدرا خصبا للفقه الاسلامى فى صدر الاسلام حتى قيام الفتنة ومقتل الخليفة عثمان وما أعقبه من خلافات سياسية ومذهبية ومن تفرق العلماء فى الأمصار وتعذر اجتماعهم والوقوف على آرائهم • فقبل هذا التاريخ كان يسهل عقد اجتماع بين الصحابة المجتهدين فى المدينة وتشاورهم فى ما يجد من أمور ، وخاصة فى عهد الخليفة عمر الذى منع الصحابة من الخروج من المدينة • ولذلك كان الاجماع هو المجال الحقيقى فى صدر الاسلام لاعمال العقل والرأى فى المسائل التى لم يرد فيها حكم لا فى الكتاب ولا فى السنة• ومن هنا كان الاجماع على رأس الأدلة العقلية ، ولكن علماء الأصول اعتبروه من الأدلة النقلية لأنه - كما سبق القول - لا ينقل معه الدليل الذى استند اليه •

---

(١) وزاد من الصعوبات التى تعترض الاجماع انقسام المسلمين بعد مقتل الخليفة عثمان الى شيع وأحزاب متنافرة : خوارج وشيعة وسنة وفقهاء الشيعة لا يعترفون بالاجماع الا ذلك الذى يصدر من مجتهديهم وحدهم ولا يأخذون باجماع غيرهم من المجتهدين .

والأمثلة التى يسوقها علماء الأصول على الأحكام التى تقررت بالاجماع كثيرة ومتنوعة (١) أشرنا الى بعضها فيما سبق ونجتزىء من غيرها بعض الأمثلة . وبعضها كان الكتاب هو مستند الاجماع ، كما فى حالة عدم قسمة الأراضى المفتوحة عنوة ، تحريم الزواج من الجدة . ومنها مايستند الى السنة النبوية مثل توريث الجدة ، عدم جواز الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها ، قتال المسلمين الذين امتنعوا عن أداء الزكاة فى عهد أبى بكر ، حجب الأب لبنى الأعيان (الاخوة الأشقاء والاخوات) وبنى العلات (الاخوة والأخوات لأب) ذكورا واناثا . ومنها الاجماع الذى استند الى القياس كما فى حالة عدد جلدات شارب الخمر ، ومنها ما استند الى المصلحة مثل نظام الخلافة وعقد الاستصناع .

المطلب الثالث

القيـــاس

تعريفه : القياس فى اللغة هو التقدير ، وعند علماء الأصول تعددت تعريفاته وان كانت تلتقى جميعها عند معنى التقدير والمساواة ، ولذلك يعرف بأنه « الحاق فرع بأصل فى حكمه لمساواته له فى علة الحكم » . وينقسم القياس بالنظر لوجود العلة أو انتفائها الى نوعين : قياس الطرد (ويعرفه رجال القانون باسم مفهوم الموافقة) ، ويكون فى الحالة التى تتحد فيها العلة بين حكم الواقعة المنصوص عنها (الأصل) والواقعة المسكوت عنها (الفرع) فيطبق عليها ذات الحكم . قياس العكس (ويعرفه رجال القانون باسم مفهوم المخالفة) ، ومعناه نفى الحكم الشرعى لمسألة منصوص عنها فى مسألة مسكوت عنها بسبب اختلاف العلة فى المسألتين .

وينقسم القياس بالنظر لوجود العلة أو انتفائها الى نوعين : قياس جلى وقياس خفى . والقياس الجلى (٢) هو ما كانت العلة المشتركة ظاهرة

---

(١) انظر فى هذه الأمثلة : ابو زهرة ، مالك ، ص ٣٢٢ وما بعدها ، أبو حنيفة ص ٣٠٩ وما بعدها ، الخضرى ، اصول الفقه ، ص ٤٠٤ .

(٢) يسمى الحنفية القياس الجلى « دلالة النص » .

وجلية فى كل من الأصل والفرع . أما القياس الخفى فهو ما احتاج الى اعمال العقل لاستنباط العلة ، فعلته مستنبطة دائما بدا .

أركانه : للقياس أربعة أركان هى : الأصل ، الفرع ، الحكم الشرعى، العلة المشتركة . ولكل منها عدة شروط .

١ — الأصل المقيس عليه الذى ورد النص على حكمه . ويشترط أن يكون حكم هذا الأصل قد ورد فى دليل نقلى سواء فى ذلك الكتاب (١) أو السنة (٢) أو الاجماع (٣) . فان كان حكم الأصل قد ثبت بطرق القياس فلا يجوز القياس عليه عند أكثر العلماء .

٢ — الفرع المقيس ، أى الواقعة المطلوب معرفة حكمها بطريقة القياس ويشترط فيه عدة شروط أهمها ألا يكون للفرع حكم منصوص عليه ، فلا قياس فى مقابلة النص ، أن يتساوى الفرع والأصل من جميع الوجوه بما فى ذلك المساواة فى العلة .

٣ — الحكم الشرعى الذى ورد للأصل ويراد اثباته للفرع . ويشترط فى الحكم أن يكون شرعيا عمليا ، فلا مجال للقياس فى اللغويات ولا مجال له فى الاعتقادات . كما يشترط أن يكون الحكم ثابتا غير منسوخ،ويشترط كما سبق القول — أن يكون الحكم الثابت للأصل مقررا فى الكتاب أو السنة أو الاجماع . كما يشترط أن يكون الحكم عاما وليس مقصورا على حالة بعينها انفردت بحكم خاص بها ، مثل تزوج الرسول من أكثر من أربع فى وقت واحد ، لأن هذا الحكم بالنص يعتبر خصوصية للرسول . ومن المبادىء المقررة أن ما جاء على خلاف الأصل يقتصر على مورد النص

---

(١) مثل الخمر فقد ورد النص على تحريمها فى الكتاب (سورة المائدة : ٩٠ ، ٩١) ، ويقاس على الخمر سائر أنواع المسكرات .

(٢) مثل تحريم التفاضل فى الحنطة ، فالحديث يقول « الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربا ، والحنطة بالحنطة مثلا بمثل كيلا بكيل والفضل ربا ، والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا ، والملح بالملح مثلا بمثل كيلا بكيل يدا بيد والفضل ربا » . ويقاس على الحنطة الأرز وسائر انواع الحبوب .

(٣) ثبت بالاجماع للمراة الرشيدة البالغة الولاية المالية الكاملة ، ويقاس عليها ولايتها الكاملة على نفسها فى النكاح فليس لأحد عليها من سبيل فى اجبارها على زواج لا ترضاه .

فيه فلا يقاس غيره عليه . وهو ما عبرت عنه مجلة الأحكام العدلية(م١٥) بقولها « ان ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه » .

٤ — العلة ، وهى الوصف الجامع بين الأصل والفرع ، ويقصد بها الحكمة المقصودة شرعا مما يستطيع العقل ادراكه . وتعرف العلة بأنها الوصف الظاهر المنضبط الذى بنى الحكم عليه وربط به وجودا وعدما ، مثل الاسكار باعتباره علة فى تحريم الخمر فهو وصف ظاهر . ويشترط فى العلة عدة شروط لا مجال للافاضة فيها . ومن أهم هذه الشروط أن تكون العلة ظاهرة بحيث يمكن التحقق من وجودها أو عدمها ، وأن تكون منضبطة بحيث يكون لها حقيقة واحدة لا تختلف باختلاف الأفراد والاحوال مثل اباحة الفطر فى رمضان للمسافر ، فالعلة هنا ليست المشقة لأن المشقة مسألة نسبية ومتغيرة ، ولكن العلة المنضبطة هى السفر ذاته بصرف النظر عن وسيلة السفر وما ينتج عنها من مشقة . يشترط أن تشتمل العلة على المعنى المناسب للحكم بحيث يترتب على بناء الحكم على العلة جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، فايجاب القصاص فى القتل العمد يؤدى الى حفظ الحياة ولا يصح تعليل الحكم بأوصاف لا تناسب الحكم مثل لون بشرة القاتل أو جنسه .. الخ وتحريم الخمر للاسكار يؤدى الى حفظ العقل ولا يصح تعليل الحكم بأوصاف أخرى غير مناسبة مثل لون السائل ولا الشيء المستخرج منه . . . الخ ويشترط أخيرا أن تكون العلة مما يستطيع العقل ادراكه ، ولذلك لا يجوز اعمال القياس فى الحدود المشتملة على تقديرات خاصة كعدد الجلدات ولا فى عدد الركعات فى الصلاة ... الخ .

وقد حدد العلماء الطرق التى يمكن سلوكها لمعرفة العلة ، وأشهر هذه المسالك : قد تدل عبارة النص فى الكتاب أو السنة على علة الحكم ، وتسمى العلة المنصوصة ،و قد تتفق كلمة المجتهدين فى عصر معين على علة الحكم مثل تعليل الولاية المالية على الصغير بصغر السن . فاذا لم يجد المجتهد علة منصوصة أو علة تقررت بالاجماع اجتهد رأيه لاستنباط العلة ويكون ذلك عن طريق حصر الأوصاف التى يحتمل أن تكون علة ثم يستبعد ما لا يصلح منها ويستبقى ما تحقق فيه شروط العلة . وفى هذا المجال تتفاوت عقول المجتهدين وتتباين وجهات النظر .

حجيته : ذهب جمهور الفقهاء الى القول بحجية القياس وقبوله كدليل مستقل تبنى عليه الأحكام ، ورفضت قلة من العلماء الأخذ بالقياس كدليل نستنبط بمقتضاه الأحكام (الظاهرية والشيعة الامامية) ، وذهب بعضهم (الحنابلة) الى الأخذ به عند الضرورة . واستند الجمهور فى الأخذ بالقياس الى عدة أدلة [1] منها ما ورد فى القرآن ومنها ما ورد فى السنة النبوية ومنها مسلك الصحابة أنفسهم فقد عملوا بالقياس وطبقوه . وفضلا عن ذلك فان القياس وسيلة تطور عقلية لايستغنى عنها أى قانون لأن النصوص — على حد تعبير الشهر ستانى — « اذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، ومالا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعا أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد » [2] .

منزلته فى الاستدلال : القياس دليل عقلى تبنى عليه الأحكام ، وبالنظر لقلة النصوص وصياغتها فى صورة مبادىء عامة كلية كان القياس هو أول وسيلة اهتدى اليها المجتهدون لاستنباط الأحكام المناسبة للوقائع التى جدت فى المجتمع ولم يرد فى شأنها نص . ولذلك استعمل القياس والرأى كتعبيرين مترادفين فى صدر الاسلام للدلالة على الاجتهاد ثم أصبح القياس دليلا قائما بذاته يتميز عن غيره من صور الرأى والاجتهاد .

اعتبره الفقهاء دليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام يأتى فى المرتبة الرابعة بعد الكتاب والسنة والاجماع وهو فى نفس الوقت يتساوى من حيث المرتبة مع بقية الأدلة العقلية الاجتهادية . وتطبيقا للقاعدة العامة فى النسخ التى تقضى بأن « الدليل لا ينسخه الا دليل فى مرتبته أو أقوى منه » فان الحكم الثابت بدليل عقلى يجوز نسخه بالقياس كما يجوز نسخ الحكم المستنبط

---

(١) انظر فى تفصيل هذه الأدلة ، البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٢٣٩ — ٢٥١ .

(٢) ناقش ابن القيم فى كتابه « اعلام الموقعين » جـ ١ : ص ١١١ أدلة القائلين بالقياس والرافضين له مناقشة مستفيضة .

انظر ، محمد يوسف موسى ، فقه الصحابة والتابعين ، القاهرة ١٩٥٤ ، ص ١٧ وما بعدها .

بالقياس بدليل عقلى آخر وسنرى العديد من تطبيقات هذا المبدأ عند الكلام عن الاستحسان والمصالح المرسلة والعرف ، فكثيرا ما ترك الفقهاء القياس ورجحوا عليه الحكم الناتج عن الاستحسان أو العرف أو المصلحة المرسلة. أما بالنسبة للأدلة النقلية فالأمر يحتاج بعض التفصيل . فان كان الحكم ورد فى نص قطعى الثبوت والدلالة فلا يجوز بحال من الأحوال أن يعارضه قياس فلا قياس فى مقابلة النص ، ومن ثم لا يلتفت الى القياس . أما ان كان النص قطعى الثبوت ظنى الدلالة كما فى حالة الحكم العام . فان المالكية يذهبون الى جواز تخصيص الحكم العام بالقياس تأسيسا على أن الحكم العام ظنى الدلالة دائما أبدا والقياس هو أيضا ظنى الدلالة فيصح أن يكون القياس مخصصا للعام اعمالا للدليلين لان اعمال الدليلين أولى من اعمال أحدهما واهمال الآخر .. والحنفية يتفقون مع المالكية اذا كان العام قد خصص بدليل من أدلة التخصيص لأنه بعد التخصيص يصبح ظنى الدلالة . أما قبل تخصيصه بأحد أدلة التخصيص فهو قطعى الدلالة ومن ثم لا يجوز تخصيصه بالقياس .أما ان كـان النص ظنى الثبوت (مثل آحاديث الاحاد) فان بعض الفقهاء يجيزون مخالفته بالقياس والبعض الآخر يقدمه على القياس (١) . —

اثره : قام القياس بدور أساس فى تطور الفقه الاسلامى وما زال يقوم بهذا الدور الى اليوم . والواقع أن القياس — فى حقيقته — وسيلة عقلية لازمة لتطوير القانون ولا يستغنى عنه أى قانون من القوانين (٢) .

---

(١) انظر : البرديسى ، اصول الفقه ، ص ٢٩٥ وما بعدها .

(٢) وقد عدد فقهاء الشريعة المحدثون أمثلة للاحكام التى بنيت على القياس . انظر فى ذلك الأمثلة التى اوردها مصطفى الزرقا فى كتـابة « المدخل » ص ٤٢ تجتزى منها : قياس احكام ناظر الوقف على احكام الوصى ، قياس احكام الاجارة على البيع ، قياس الاجازة اللاحقة على الوكالة ولذلك قرروا أن الاجازة اللاحقة تعتبر كالوكالة السابقة ، قياس خيار الشرط للبائع على خيار الشرط للمشترى الذى نصت عليه السنة ، قياس خيار النقد ، اى فسخ البيع اذا لم يدفع المشترى الثمن خلال مدة معينة ، على خيار الشرط الوارد فى السنة .

الفصل الثالث

دور نشوء المذاهب الكبرى وتدوين الفقه

(العصر العباسي)

خصائصه : يمتد هذا الدور من منتصف القرن الثانى الهجرى وينتهى بقفل باب الاجتهاد فى أواخر القرن الرابع ، فهو يمتد قرابة قرنين ونصف من الزمان ويمثل أزهى عصور الفقه الاسلامى ويشمل العصر الذهبى للدولة العباسية التى قامت عام ١٣٢ هـ . ببغداد وسموا كذلك نسبة الى العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم . وبالنظر لقيام دولتهم فى بغداد مهد المدنية الفارسية وملتقى التيارات الفكرية والفلسفية ومختلف العقائد والملل فقد حدث تلاقى وامتزاج بين كل هذا ونظيره فى الحضارة العربية . وانصهرت كلها فى بوتقة واحدة ففقدت الدولة طابعها العربى — الذى ساد فى العصر الأموى — واتسمت بطابع اسلامى وأصبح تعبير عربى وتعبير اسلامى تعبيرين مترادفين . وتنافست العناصر العربية مع الفارسية مع الرومية مع التركية فى صدارة المجتمع وتناوبت الغلبة فى الامساك بزمام الأمور . ومن ناحية أخرى انتشرت اللغة العربية وأصبحت هى اللغة القومية (١) لكل أبناء الدولة الاسلامية كما انتصر الاسلام فأصبح دين الكثرة الغالبة من السكان .

كما تميز هذا العصر برقى الحضارة وازدهار التجارة مما كان له أثره فى تطور الحياة الاجتماعية . ونتج عن ذلك ظهور نهضة علميـة فى سائر الميادين ، ومن أبرزها نمو حركة الترجمة سواء فى ذلك العلوم

---

(١) بدأت حركة انتصار اللغة العربية فى اعقاب تعريب دواوين الدولة فى عهد عبد الملك ابن مروان (توفى عام ٨٦ هـ ٧٠٥ م) وابنه الوليـد بن عبد الملك (توفى عام ٩٦ هـ ٧١٥ م) .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ١٦٨ .

والفلسفة ونقل كنوز العلم والمعرفة الى اللغة العربية ، مما أفاد العقلية العربية أكبر فائدة وصقل ونمى المواهب العربية التى تمكنت من استيعاب العناصر الحضارية سالفة الذكر ثم الانتقال الى دور الخلق والابداع ، بحيث أصبحت الكتب العربية هى الزاد الفكرى الذى اعتمدت عليه أوربا فى عصر نهضتها • ومن ناحية أخرى بدأ التأليف العلمى المنظم للعلوم الاسلامية فى سائر فروع المعرفة بعد أن كانت تتناقل شفاهة طيلة العصر الأموى •

ومن أبرز معالم هذا العصر ازدهار الفقه واكتمال نموه • فبجانب العوامل سالفة الذكر ظهر اهتمام الخلفاء بالعلوم والفنون والآداب واجلالهم لرجال الفقه ، ولا غرابة فى ذلك فقد قامت الدولة العباسية باسم الدين ولحماية الدين (١) • ومن معالم ازدهار الفقه فى هذا العصر : تعدد الكتب والمتخصصين فى تفسير القرآن ، تدوين السنة بعد تمحيصها فظهر علم « مصطلح الحديث » دراسة الفقه على أسس علمية مما أدى الى ظهور « علم أصول الفقه » وتعدد المؤلفات فيه بجانب كتب الفقه ذاته أى علم الفروع •

وتميز هذا العصر بظهور أدلة عقلية جديدة ، بجانب القياس والاجماع ، من الاستحسان المصالح المرسلة ••• الخ واكتسب العرف أهمية كبرى ، فقد ظل يؤثر فى تطور الفقه من طريق دخوله فى الادلة الأخرى مثل الاجماع أو الاستحسان ••• الخ ثم أصبح دليلا قائما بذاته تبنى عليه الأحكام •

كما حدث تطور فى نظم الحكم والادارة • ففى عهد الرشيد أنشىء منصب قاضى القضاة وجعل اليه تعيين القضاة وعزلهم وبذلك انفصلت

---

(١) من ذلك ان الخليفة المنصور والخليفة هارون الرشيد من بعده استعانا بالامام مالك لكتابة مؤلف فى الفقه الاسلامى يلتزم الناس به فى سائر انحاء الدولة فكتب كتابه الموطأ ولكنه رفض التزام الناس به مخافة الخطأ . كما استعان الرشيد بابى يوسف وطلب اليه وضع كتاب فى النظم المالية للدولة فالف كتابه المعروف باسم كتاب الخراج ، وسارت على هديه الدولة فى فرض الضرائب وجبايتها .

السلطة التنفيذية عن السلطة القضائية كما أنشىء منصب الوزير منذ بداية عهد الدولة العباسية . وفى أوخر هـذا العصر بدأ بعض حكام الأقاليم يستقل بها رغم ارتباطهم نظريا بالدولة العباسية مما دفع الفقهاء الى التمييز بين امارة الاستكفاء وامارة الاستيلاء ، ومن ناحية أخرى استقل الشيعة الاسماعيليون ببلاد المغرب حيث قامت الخلافة الفاطمية عام ٢٩٧ هـ - ٩١٠ م وظلت قائمة حتى سقوطها عام ٤٢٢ هـ وفتحوا مصر عام ٣٥٨ هـ وأنشأوا القاهرة وجعلوها عاصمة لهم كما قامت خلافة ثالثة فى الأندلس على يد الأمويين عام ١٣٨ هـ واستمرت حتى ٤٢٢ هـ .

تقسيم : سنقسم هذا الفصل الى خمسة مباحث نخصص أولها لتطور نظم الحكم والادارة وندرس فى الثانى تطور الاجتهاد وظهور المذاهب الاسلامية الكبرى . وسنخصص مبحثا لكل دليل من الأدلة الاجتهادية الجديدة . الأستحسان ، المصالح المرسلة ، العرف .

المبحث الأول
نظم الحكم والادارة

انواع الولايات : سبق القول أن الفقه الاسلامى لا يعرف فكرة الشخصية المعنوية كما لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات ، ولا اصطلاح سلطات الدولة ، وهى كلها أفكار حديثة ظهرت مع الديمقراطية الحديثة منذ القرن الثامن عشر الميلادى غير أن الفقهاء المسلمين توصلوا الى نتائج شبيهة بتلك التى تترتب على هذه الأفكار والمبادىء الحديثة عن طريق تصور قانونى آخر وأدوات قانونية أخرى ، فلكل فقه صناعته وطريقته .

فالفقهاء المسلمون استعملوا مصطلح « الولاية » للدلالة على ما يدخل ضمن مصطلح السلطة وضمن مصطلح الوظيفة العامة فى المصطلحات الحديثة . وتوصلوا الى نتائج فكرة الشخصية المعنوية عن طريق فروض الكفاية وعلى رأسها تأتى الامامة (الخلافة) وما يتفرع عنها من قضاء وجهاد وأمر بالمعروف ونهى عن المنكر والقيام بعلوم الدين والدنيا وتوفير

وسائل العمران ... الخ . وتنفيذ هذه الفروض يؤدى الى احدى نتائج الشخصية المعنوية وهى استمرار الدولة وتحقيق مصالح المجتمع . كما اعتمدوا على فكرة النيابة representation ، نيابة الخليفة عن الأمة ، للوصول الى احدى نتائج الشخصية المعنوية وهى ذاتية المجتمع ووحدته فى مواجهة الأفراد المكونين له (١) .

وهذا التصوير يعنى بقاء الدولة فى أداء وظائفها رغم تغير أشخاص الحاكمين ، كما يعنى اختلاف العلاقات القانونية التى يعقدها الحاكم ومتولى الوظيفة العامة بصفته وكيلا عن الأمة عن تلك التى يجريها بصفته الشخصية وفى ماله الخاص .

ويكمل هذه الأفكار والمبادىء فكرة أخرى تؤدى الى بعض نتائج الفصل بين السلطات ، وهى فكرة التفويض (الانابة) . وفرقوا فى هذا الصدد بين انابة التفويض وانابة التنفيذ (٢) . ووصفوا التفويض بأنه ولاية لا تمنح الا بعقد ، أما التنفيذ فلا يحتاج الى تقليد ، أى عقد ، بل يكفى فيه الاذن (٣) . ومعيار التفرقة بين اعمال التفويض واعمال التنفيذ أن الأولى تقتضى حكما وقضاء وحق تصرف فى الأعمال والأموال ، أما الثانية فلا تتضمن شيئا من ذلك وتقتصر مهمة متوليها على تنفيذ ما كلف به ، ولذلك كانت شروط عمال التنفيذ أخف بكثير من شروط الولاة (عمال التفويض) وبهذا الأسلوب تتوزع السلطة بين الخليفة والولاة (عمال التفويض) ، وتقوم العلاقة بينه وبين كل منهم على أساس العقد . وبذلك تقوم الدولة الاسلامية على مجموعة من العقود يبرمها الخليفة

---

(١) ويذكر الماوردى صراحة فى كتابة الأحكام السلطانية ، ص ٣٣ « ولو مات الامام لم تنعزل قضاته » كما قال ، ص ٣٠ « واذا كان تقليد الأمير من قبل الخليفة لم ينعزل بموت الخليفة وان كان من قبل الوزير انعزل بموت الوزير لان تقليد الخليفة نيابة عن المسلمين ، وتقليد الوزير نيابة عن نفسه » .

(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٨ : « عمال التنفيذ نياب ، وعمال التفويض ولاة » . وهو تقسيم شبيه ، من بعض الوجوه ، بالتقسيم الحديث : اعمال الادارة actes d'administration واعمال الحكم actes de gouvernement

(٣) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٢ و ٢٥ .

— بصفة نائبا عن الأمة — مع من يعهد اليهم بمناصب الدولة التى تحتاج الى تفويض ، كما تتوزع الاختصاصات على أساس هذه العقود التى يتميز كل منها بأحكام خاصة به تبعا لموضوعه فالوزارة عقد ، والقضاء عقد ... الخ .

ولما كانت أعمال التفويض يتم شغلها عن طريق عقود التفويض فانه يثور التساؤل عن مسئولية من يتولونها . والأصل ان الخليفة يظل صاحب الاختصاص الأصيل ، وهو المسئول عن كل أمور الدولة أمام الله وأمام الناس ومن ثم يكون مسئولا عن أعمال ولاته . وهؤلاء يسألون عن أعمالهم أمام الله وأمام الخليفة كما يسألون عن أعمالهم أمام الأمة . غير أن الفقهاء لم يضعوا الضوابط التى يمكن بمقتضاها اعمال هذه المسئولية أمام الأمة فى المجال السياسى ، واكتفوا فى هذا الشأن بوضع ضوابط مسئوليتهم أمام القضاء سواء العادى أم قضاء المظالم . ومن المسلم جواز عزل العاملين فى الدولة من وظائفهم وفرق الفقهاء فى هذا الصدد بين متولى الوظائف العامة بمقتضى عقد التفويض وتلك التى لا تحتاج الى تفويض . فأكثر الفقهاء لايجيزون العزل غير المسبب فى وظائف النوع الثانى . أما وظائف النوع الأول فالأمر مختلف فى شأنها . فأكثرهم لايجيز عزل القاضى بدون سبب ، أما الوزارة وامارة الأقاليم فأكثرهم يجيزه [1] .

ويهمنا هنا أن نعرض بشىء من التفصيل لأصحاب الولايات ، وهى — كما سبق القول — المناصب التى يتقلدها أصحابها بمقتضى عقد تفويض . وقد قسمها الفقهاء [2] الى أربعة أنواع ولكل منها شروطها :

١ — ولاية عامة فى أعمال عامة ، أى يشمل اختصاصهم كل الأمور دون تخصيص ، فى جميع أنحاء الدولة . وشاغلو هذه الولاية هم الوزراء .

٢ — ولاية عامة فى أعمال خاصة ، أى يشمل أختصاصهم جميع الأمور ولكن فى مكان معين ، وشاغلو هذه الولاية هم أمراء الأقاليم .

---

(١) أنظر ، الرملى ، شرح المنهاج ، ج ٧ ، ص ٧٨ .

(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ٢٠ .

٣ ــ ولاية خاصة فى أعمال عامة ، أى يقتصر أختصاصهم على نوع معين من الأعمال ولكن اختصاصهم يشمل كل الأمور المتعلقة بهذا النوع من الأعمال فى سائر أنحاء الدولة وهؤلاء الولاة هم : قاضى القضــاة ، ونقيب الجيوش وحامى الثغور ومستوفى الخراج وجابى الصــدقات .

٤ ــ ولا ية خاصــة فى أعمال خاصة : وتشمل نوعا محددا من الأعمال فى مكان معين ، مثل قاضى بلد معين ، مستوفى خراج بلد معــين ، حامى ثغر بلد معين ... الخ .

الخليفة : ظل الحال على ما كان عليه فى العصر الأموى سواء مــن حيث اعتبــار الخــلافة أم الولايات وجماعهــا أم مــن حيث طريقــة اختيــار الخليفــة أو اختصاصــاته . فقــد استقر نظام توراث الخلافة فى البيت الهاشمى بدلا من البيت الأموى من خلال نظام ولاية العهد . فولاية العهد تنعقد للشخص عن طريق الاختيار من جانب أهل الحل والعقد حال حياة الخليفة وبترشيح منه . وبعد وفاته تجرى مبايعة الناس لولى العهد باعتباره الخليفة الجديد . ولا تقتصر البيعة على أهل العاصمة بل تشمل أيضا سكان الأقاليم . وظل العباسيون يستعملون ذات الوسائل والأدوات القانونية التى عرفت فى عهد الخلفاء الراشدين والأمويين للترشيح للخلافة ولولاية العهد وللبيعة رغم أتساع رقعة الدولة وتباعد المسافات ولذلك كانت البيعة شكلية أكثر منها واقعية ، كما أنه كثيرا ما دخلها الضغط والاكراه .

وجرى العمل ــ كما كان الحال فى عهد الراشدين والأمويين ــ على عدم توقيت مدة الخلافة ، فالخليفة يتقلد منصبه مدى الحياة ما لم يجد أمر يقتضى استقالته أو عزله . ومن الناحية النظرية لا يوجد ما يحــول دون تحديد مدة الخلافة فى عقد البيعة .

وظلت شروط الخلافة على ما كانت عليه فى العصر الأموى . فهى مختلطة بالملك ولكن معانى الخلافة ظلت متحققة ومنها تحقيق مقاصد الدين والحكم وفق الشريعة . ولذلك ظل الشيعة والخوارج على عدائهم للخلافة العباسية كما كانوا يفعلون مع الأمويين ، وظلوا ينكرون شرعية خلافتهم .

وفى هذا العصر ظل الخلفاء يمارسون ذات الاختصاصات الواسعة ، دينية وسياسية (تنفيذية وقضائية) ، التى مارسها من قبل كل من الخلفاء الراشدون والأمويون . غير أن سلطات الخليفة السياسية أخذت تتناقص منذ منتصف القرن الثالث الهجرى وانتقلت الى أمراء الأقاليم الذين استأثروا بها ومنهم : المماليك (٢٣٢ — ٣٣٤) بنوبويه (٣٣٤ — ٤٤٧) ، السلاحقة (٤٤٧ —٥٩٠) ولم يبق للخليفة سوى الاختصاصات الدينية .

وبحكم مسئولية الخليفة أمام الله وأمام الناس كان عليه أن يمارس بنفسه اختصاصات الخلافة . غير أن اتساع هذه الاختصاصات وما كان يراعى فى اختياره من صفات واعتبارات شخصية فانه يستحيل عليه ممارستها بنفسه ، لذلك اضطر الى الاستعانة بعدد من المعاونين ، فاسند كثيراً من اعماله الى وزرائه وعماله وأمراء الأقاليم . وبالنظر الى أن الفقه الاسلامى لا يعرف مبدأ الفصل بين السلطات — وهو مبدأ حديث لم يظهر الا فى القرن الثامن عشر الميلادى — فان كل السلطات ظلت مركزة فى يد الخليفة — باعتباره وكيلا عن الأمة — ويمارس معاونوه أعمالهم بمقتضى تفويض منه (١) ولا يتمتع أى منهم باختصاصات أصيلة مستقلة .

الوزارة (٢) : تعتبر الولاية الثانية بعد الامامة، وقد نشأ شبيه بهذا المنصب من قبل . ففى عهد الخلفاء الراشدين كان كل منهم يستعين بواحد أو أكثر من الصحابة دور أن يلقب بلقب وزير . وفى العهد الأموى كان الخليفة يعهد ببعض أو كل اختصاصاته الى واحد أو أكثر من معاونيه ، وكانوا يلقبون بلقب « الكاتب » ومنهم عبد الحميد الكاتب فى عهد مروان بن محمد آخر خلفاء بنى أمية .

---

(١) وفى ذلك تقول الماوردى فى كتابه ، الأحكام السلطانية ، ص ٢١ « لأن ما وكل الى الامام من تدبير الأمة لا يقدر على مباشرة جميعة ، الا باستنابة » .

(٢) اشتق لفظ وزير — كما يقول ابن خلدون فى مقدمته ، جـ ٢ ، ص٧٣٣ ، من عدة معان « الوزارة وهى أم الخطط السلطانية والرتب الملوكيه، لأن اسمها يدل على مطلق الاعانة ، بأن الوزارة مأخوذة . اما من المؤازة ، وهى المعاونة ، أو من الوز وهو الثقل ، كأنه يحمل مع مفاعله (يعنى من استوزره وهو الخليفة) اوزاره وأثقاله ، وهو راجع الى المعاونة المطلقة .

وميز الفقهاء بين نوعين من الوزارة : وزارة تفويض ، وزارة تنفيذ .

ووزير التفويض له ولاية عامة فى كل الأمور فى كل أنحاء الدولة دينية كانت أم مدنية أم عسكرية . والقاعدة العامة أن كل ما صح من الامام صح من الوزير (١) . وولايته تنعقد من الخليفه ويقوم مقامه فى كل شيء . وسلطاته مقيدة بأمرين : «أن يطالع الامام بما أمضاه من تدبير وأنفذ من ولاية وتقليد .. على الامام أن يتصفح أفعال وزيره وتدبيره ليقر منها ما وافق الصواب ويستدرك ما خالفه ، لأن تدبير الامة اليه موكول وعلى اجتهاده محمول » (٢) .

ويشترط فى من يتولى الوزارة ذات الشروط الواجب توافرها فى الخليفة وولى العهد باستثناء شرط النسب القرشى ، ولذلك وجدنا كثيرا من الوزراء من أصل غير عربى . ولما كان الوزير يقوم مقام الامام فلا يجوز التعدد فى وزارة التفويض مثلها فى ذلك مثل الخلافة .

ومنصب وزير التفويض شبيه الى حد كبير بمنصب رئيس مجلس الوزراء أو الوزير الأول فى العصر الحديث (٣) .

اما وزير التنفيذ : فهو ينوب عن الامام فى تنفيذ ما يكلفه به من أمور دون أن يستقل برأى أو تقليد منصب ، ولذلك لا يدخل الفقهاء هذه الوظيفة فى عداد الولاية . ولكن الفقهاء وصفوا عمله بالوزارة لأنه أحيانا يشارك الخليفة الرأى فى بعض الأمور وان كان القرار للخليفة وحده . ومن هنا كانت شروط وزير التنفيذ أخف من شروط وزير التفويض ، اد لا يشترط فيه العلم بالأحكام الشرعية لأنه ليس له حق النظر الاجتهادى

---

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٤ . واستثنى من ذلك : للامام أن يعهد الى من يرى وليس ذلك للوزير ، للامام ان يستعفى من الامة من الامامة وليس ذلك للوزير ، للامام أن يعزل من قلده الوزير وليس للوزير ان يعزل من قلده الامام .

(٢) الماوردى . الاحكام السلطانية ، ص ٢٣ .

(٣) من هذا الرأى : الريس ، النظريات السياسية ، ص ٢٧٣ .

المستقل ، ولذلك يجوز لغير المسلم طبقا لرأى بعض الفقهاء [١] شغل هذا المنصب . كما أنه ليس له حق الولاية على غيره ، ولذلك لاتشترط فيه الحرية فيجوز أن يكون رقيقا طبقا لرأى بعض الفقهاء [٢] . وكل ما يشترط فيه من شروط هى شروط الكفاءة والأمانة والتعفف والبعد عن الهوى [٣] .

واختصاصات وزير التنفيذ لاتتجاوز تنفيذ ما يكلف به ، ومن هنا كانت اختصاصاته أدنى بكثير من اختصاص وزير التفويض . فهو — على خلاف وزير التفويض — لا يباشر شئون الحكم ولا النظر فى المظالم ولا الانفراد بتقليد (تعيين) الولاة ولا التصرف فى أموال بيت المال [٤]. ولذلك يجوز تعدد وزراء التنفيذ على أن يختص كل منهم بعمل معين . ووظيفة وزير التنفيذ أقرب ما تكون لوظيفة الوزير فى العصر الحالى [٥] .

امارة الأقاليم والبلاد : ترتب على اتساع رقعة الدولة الاسلامية منذ عهد الخليفة عمر أن وضع تنظيم ادارى للبلاد ، فقسم الدولة الى عدة أقاليم ووضع على رأس كل منها حاكم يقوم مقام الخليفة وكان يسمى « عامل » ، وبعد ذلك أصبح يسمى « والى » . وفى عهد الدولة الأموية ازدادت رقعة الدولة اتساعا وأعيد النظر فى التقسيم الادارى لأقاليم الدولة ، وظهر لقب « أمير » بجانب لقب العامل أو الوالى ، وهى كلها تعبيرات مترادفة تعنى حاكم الاقليم . وفى عهد الدولة العباسية أعيد النظر فى التقسيم الادارى للاقاليم وأصبح اللقب السائد لحاكم الاقليم هو لقب الأمير [٦] . وقد أرتبط تقسيم البلاد الى أقاليم ليس فقط بعوامل

---

(١) و (٢) و (٣) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٥

(٣) الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٢٦ . وهو يقرر ص ٢٧ عدم جواز تولية المرأة للوزارة اعتمادا على حديث شريف يقول « ما افلح قوم أسندوا امرهم الى امرأة » .

(٤) الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٢٤ .

(٥) من هذا الرأى ، الريس : النظريات السياسية ، ص ٢٧٥ .

(٦) أنظر فى التقسيم الادارى وتطوره : حسينى : الادارة العربية . ص ١٩٠ وما بعدها .

المصلحة العامة بل أيضا بقوة أو ضعف ولاة الأقاليم ومدى صلتهم بالخليفة وقوته وضعفه .

وبالرغم من تركيز السلطة فى يد الخليفة مما يمكن معه القول بأن الدولة الاسلامية كانت دولة مركزية — اذا استعملنا المصطلحات الحديثة — الا أن توزيع الاختصاصات بين الخليفة وامراء الأقاليم يجعل منها دولة لا مركزية .

وتقسم امارة الأقاليم بالنظر الى الاختصاصات الى امارة عامة وامارة خاصة وتنقسم الامارة العامة الى نوعين بالنظر الى طريقة التعيين : امارة استكفاء وامارة استيلاء .

١ — الامارة العامة : تعتبر الولاية العامة الثانية بعد ولاية الوزارة مباشرة . وهى تماثل الوزارة من حيث عموم النظر ومن حيث النيابة عن الخليفه . فأمير الاقليم يقوم مقام الخليفه فى مباشرة كل اختصاصاته نيابة عن الأمة وعن الخليفه سواء فى ذلك الاختصاصات الدينية أم العسكرية أم القضائية أم المالية (١) .فهو يماثل — من هذه الناحية — وزير التفويض . غير أن اختصاصه — خلافا لوزير التفويض — مقصور على اقليم معين(٢) . ولذلك يشترط فى الأمير ذات الشروط الواجب توافرها فى الوزير ، وهو يخضع لرقابة وتوجيه كل من الخليفه ووزير التفويض اذ أن لكل منهما ولاية عامة على سائر الأقاليم . مع ملاحظة أن الأمير لا ينعزل بموت الخليفة لأنه ليس نائبا عنه بل عن الأمة . ومن المسلم بين الفقهاء أنه يجوز للأمير أن يستوزر لنفسه وزير تنفيذ ولكن لا يجوز له أن يستوزر وزير تفويض الا باذن من الخليفة (٣) .

---

(١) انظر الماوردى ، الاحكام السلطانية ٢٨ — ٢٩ حيث يعدد اختصاصات الامير ويذكر : — تدبير الجيوش ، النظر فى الاحكام وتقليد القضاة ، جباية الخراج وصرف المستحقات ، حماية الدين ، اقامة الحدود ، امامه الصلاة

(٢) الماوردى الاحكام السلطانية ، ص ٢٩ .

(٣) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٣١ .

وظهر منذ النصف الثاني من القرن الثالث الهجري اتجاه من بعض أمراء الأقاليم فى الاستقلال بها عن الخلافة والاستيلاء على امارة الاقليم بالقوة دون اذن من الخليفه ، فظهرت دويلات اسلامية تتبع الخليفه اسما وتستقل عنه من حيث الواقع مثلما حدث فى الدويلات : البويهية ، السامانيـة ، الغزنوية ، السلجوقية ، الطولونية ، الاخشيدية ... الخ . وقد تصدى الفقهاء لدراسة هذا الوضع ، ونزولا على الأمر الواقع وحفاظا على وحدة المسلمين أقروا هذا النوع من الولاية وأسموه امارة الاستيلاء وميزوا بينها وبين امارة الاستكفاء . ومع الزمن أصبحت امارة الاستيـلاء هى الغالبة . وعرف الفقهاء امارة الاستكفاء بأنها هى التى تنعقد عن اختيار، أما امارة الاستيلاء فهى التى تنعقد عن اضطرار أى يضطر الخليفة الى تولية الأمير الذى استولى بالقوة على الاقليم وكان أمراء الاسـتيلاء لا يكتفون تلقب أمير بل يلقبون أنفسهم بلقب سلطان أو ملك (١) .

وامارة الاستيلاء لم يكن لهـا وجود فى عصر الخلفاء الراشدين والدولة الاموية والدولة العباسية الأولى . وقد اشترط الفقهاء لصحة ولاية الاستيلاء بعد ظهورها أن يسير الأمير فى امارته على أحكام الشريعة واظهار الطاعة الدينية للخليفه والحفاظ على منصب الخلافه (٢) .

وتختلف امارة الاستيلاء عن امارة الاستكفاء فضلا عن طريقة شغلها فى أن أمير الاستيلاء يستبد بالسلطة فى اقليمه وينفرد بكل الاختصاصات دون مراجعة الخليفة أو الوزير .

٢ ـ الامارة الخاصة : ظهـر منذ العهد الأموى نوع من التخصص فى ولاية الأقاليم . فبعد ان كان اختصاص أمير الإقليم شاملا لـكل الامور العامة فى اقليمه انتزع منه بعض الاختصاصات وعهد بها الى غيره فانفصلت الأمور المالية وعهـد بها الى أمير الخراج ، كما انتزع منه الاختصاص القضائى وعهد به الى قاضى القضاة .وهذه الامارة التى يقتصر فيها التفويض على أمور معينة تسمى « امارة خاصة » . وهى تتشابه مع وزارة التنفيذ

(١) الماوردى : الاحكام السلطانية : ص ٢٨ و ص ٣٢ .
(٢) الماوردى . الاحكام السلطانية ، ص ٣٣ .

سواء من حيث شروط الولاية أو اختصاصاتها مع زيادة شرطين هما الاسلام والحرية لأن الامارة الخاصة تتضمن الولاية على أموردينية(١) .

الدواوين : الديوان كلمة فارسية تعني السجل أو الدفتر ثم أطلقت على مكان حفظ السجل أو الدفتر . فهو يقابل ما يعرف فى العصر الحديث بالوزارات والمصالح الحكومية .

وكان الخليفة عمر هو أول من انشأ الدواوين حينما أنشأ ديوان الجند لتنظيم العطاء للجند وللمعوزين . وقد تطور نظام الدواوين تبعا لازدياد رقعة الدولة ودقة التنظيم الادارى . ولذلك نظمت الدولة الأموية الدواوين وأعاد العباسيون النظر فيها . وكل الدواوين توجد فى العاصمة وأكثرها له فروع فى الأقاليم . ففى العهد الأموى وجد بالعاصمة خمسة دواوين هي : ديوان الجند ، ديوان الخراج، ديوان الرسائل (يختص بجميع المكاتبات والتعليمات التى ترسل للولايات) ، ديوان الخاتم (وفيه تسجل وتحفظ كل الأوامر والقرارات) ، ديوان البريد . وبقيت هذه الدواوين فى العصر العباسي وزاد عليها عدة دواوين منها : ديوان الأزمة (لمراجعة الحسابات) ، ديوان المظالم ، ديوان الصوافى (اراضي للدولة) ، ديوان الضياع (الضياع الخاصة بالخليفه) ... الخ (٢) .

المبحث الثاني
ظهور المذاهب الكبرى
المطلب لأول
الاجتهاد

حرية الاجتهاد : ظلت حرية الاجتهاد قائمة خلال العصر العباسي ؛ كما كان عليه الحال فى عصر الامويين والدولة الاموية ، حتى قفل باب الاجتهاد فى اواخر القرن الرابع الهجرى . غير ان العصر العباسى تميز بحركة علمية ضخمة شملت كل فروع المعرفة ومن بينها الفقه كما تميز بظهور نظريات علمية فى كافة المجالات . وكان لذلك أثره فى تحديد صور الاجتهاد وفى ظهور المذاهب الفقهية الكبرى . وقد تميز هذا العصر أيضا بحركة تدوين واسعة مما كان له أثره فى تقارب وجهات

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٣٢ .

(٢) انظر فى تفصيل الدواوين وتطورها : المقريزى ، الخطط ، ج ١ ، ص ٢٧٤ ، القلقشندى ، صبح الاعشى ، ج ١ ، ص ٩٣ .

النظــر بين أهل الرأى وأهل الحديث وتحديد مجال اعمال الــرأى والاجتهاد .

الاختلاف حول فهم مقاصد التشريع : تميز العصر السابق ــ كما سبق القول بظهور مدرستى الرأى والحديث . وقد ارتبط هذا الاختلاف باختلاف العلماء حول تفهم مقاصد الشريع . فذهب البعض الى أن الأحكام الشرعية شرعت لتحقيق مقاصد وأغراض معينة ومن ثم ارتبطت بأوصاف وعلل تقضيها طردا وعكسا ، ومن هنا كانت الأحكام الشرعية معقولة المعنى ؛ ويتعين اعمال العقل للكشف عن هذه الأحــكام . وذهب فريق ثان الى أن الاحكام الشرعية لا ترتبط بعلل وأوصاف خاصة بل بارادة الشارع وحدد العارية عن حكمه أو مصلحة ملحوظة فى التشريع ، ومن ثم لا يجوز اعمال العقل فى الكشف على علل الأحكام أو المصالح التى صدرت لتحقيقها ؛ وبعبارة أخرى يجب الوقوف عند حرفية النص . ولذلك قالوا بأن الأحكام الشرعية تعبدية محض لا مجال فيها للنظر (١) .

ولمـا نشطت حركة التدوين فى أواخر القرن الثانى الهجرى سواء فى مجال تدوين السنة أم الآثار الفقهية تقاربت وجهات النظر بين أهل الرأى وأهل الحديث . فبدأت مدرسة الحديث تأخذ بقدر معقول من الرأى وبدأت مدرسة الرأى تعدل عن الرأى اذا ثبت لديها أثر من الآثار (حديث أو رأى للصحابة) التى تبنى عليها الحكم . وأصبح التمييز بينهما لا يقوم على الأخذ بالرأى أو انكاره بل على مدى التوسع فيه

---

(١) ذهب البعض الى القول بانه لا مجال لاعمال العقل فى الاحكام الشرعية اذ لو كان الامر بالعقل لجمع الشارع فى الحكم بين المتماثلين وفرق بين المختلفين ، بينما نرى انه فرق فى الحكم بين المتماثلين فى بعض الحالات وجمع بين المختلفين فى حالات أخرى . ومن أمثلة التفرقة بين المتماثلين : أوجب قطع يد السارق ، لكونها آلة المعصية ، ولم يفعل ذلك فى قذف المحصنات فلم يأمر بقطع لسان القاذف ، اباح للرجل أن يتزوج من اربع ولم يبح ذلك للمرأة ... الخ . وعلى العكس من ذلك سوى فى الحكم بين أمور مختلفة ، فأمر بالقتل فى حالة الردة كما أمر به فى حالة الزنا رغم الاختلاف بينهما ... الخ .

قد تكفل بالرد على هؤلاء كثير من الفقهاء ، وفندوا حججهم ؛ ومنهم ابن القيم فى كتابه اعلام الموقعين ، ج ٢ ، ص ١٣ وما بعدها .

انظر فى تفصيل ذلك : احمد أمين ، ضحى الاسلام ، ج ٣ ، ص١٥٥ وما بعدها .

أو الاقلال فى الأخذ به • وقد تفرع أهل الحديث الى مدارس ثلاث : المالكية ، الشافعية ، الحنابلة ، أما أهل الرأى فتنتمى اليهم مدرسة الحنفية • ويمكن ترتيب المدارس الفقهية من حيث الأخذ بالرأى على الوجه الآتى :— تعتبر المدرسة الحنفية على رأس الآخذين بالرأى وتليها مدرسة الشافعية ثم المالكية ثم الحنابلة ، ويأتى أهل الظاهر فى ذيل الترتيب لأنهم لا يأخذون بالرأى الا اضطرارا (١) •

وقد ظهر الجدل والمناظرة حول هذا الموضوع بصورة جلية فى العصر العباسى • وقد تبلور الخلاف فى ظهور الاتجاهات الثلاثة الآتية :—

ذهب فريق ، على رأسهم المعتزلة ، الى أن كل الاحكام معقولة المعنى • وذهب فريق ثان ، على رأسهم أهل الظاهر ، الى أن جميع الأحكام الشرعية تعبدية محض لا مجال فيها للنظر • وتوسط فريق ثالث ، وهم أكثر الفقهاء ، بين الرأيين السابقين ففرقوا بين أحكام العبادات وأحكام المعاملات • والأولى تعبدية محض لا مجال فيها للنظر والثانية شرعت لتحقيق مصالح الناس ولكل حكم علة يدور معها وجودا وعدما • والى هذا الرأى الاخير ينتمى فقهاء المذاهب الأربعة الكبرى (٢) •

صور الاجتهاد : حدث تطور عام خلال العصر العباسى ، وبالتحديد منذ ظهور رسالة الامام الشافعى فى علم الأصول ، فقد ازدهر علم أصول الفقه وكثرت فيه المؤلفات بأسلوب علمى واضح وتحددت معانى المصطلحات الفقهية ووضعت ضوابط استنباط الأحكام • فقبل هذا التاريخ كان المجتهدون يراعون فى اجتهادهم مقاصد التشريع ويدخلون فى اعتبارهم تغير ظروف المجتمع ويضعون نصب أعينهم تحقيق المصلحة العامة للناس

---

(١) انظر : احمد امين ، ضحى الاسلام ، جـ ٢ ، ص ١٥٦ •

(٢) عبر الامام الشاطبى عن ذلك بقوله فى كتابه الموافقات ، جـ ٣ ، ص ٣٠٧ بقوله « ان الاحكام الشرعية قسمان : الاول ما يتعلق بشئون الآخرة ، وهو العبادات • والثانى ما يتعلق بتنظيم شئون الدنيا ، وهو ما سوى العبادات من الامور العادية والتعاملية ونحوها • فالقسم الاول اى العبادات لا يسوغ البحث فيه عن العلل والمصالح لربطه بها ، وانما الامر فيه مبنى على الاتباع التعبدى • واما القسم الثانى ، وهو الذى يتكون منه تشريع النظم التعاملية ، فانه معلل بمصالح العباد ، ومرتبط بالمعانى المصلحية فى هذه الحياة ، كما تفيده نصوص الشريعة نفسها » •

أو رفع الحرج والمشقة عنهم ولا يتجاهلون ما ألفه الناس واعتادوه من عادات حميدة . ولكن هذه الصور المختلفة للاجتهاد لم تتبلور فى مصطلحات فقهية محددة ولم توضع ضوابط يلتزمها المجتهد فى اجتهاده ، وقد تكفل بذلك الامام الشافعى ومن جاء بعده من الفقهاء . ولذلك أصبح المجتهد ملتزما ببيان الأصل أو الدليل الذى بنى عليه اجتهاده . وتحددت معانى وصور الاجتهاد وأخذت كل صورة منها اسما معينا . كما تم وضع الضوابط اللازمة لاستنباط الاحكام من الكتاب والسنة .

وصور الرأى والاجتهاد هذه هى التى عرفها الفقهاء باسم الأدلة. فبجانب الكتاب والسنة ، ازداد استعمال الاجماع والقياس ، وتحددت شروط كل منهما ومجال استعمالها ، وظهرت أدلة عقلية (اجتهادية) جديدة اختلفت باختلاف المدارس الفقهية: أهمها الاستحسان عند الحنفية، المصالح المرسلة عند المالكية . كما أصبح للعرف كيان مستقل فأصبح دليلا قائما بذاته (١) وسنفرد لكل منها مبحثا مستقلا .

---

(١) توجد ادلة عقلية اخرى ، منها :

١ ــ الاستصحاب (الاستدلال) : وهو دليل عقلى منطقى معناه جعل الحكم الثابت فى الماضى مستمرا فى الحاضر حتى يقوم دليل شرعى على تغييره . وهو يضم أربعة صور : استصحاب الاباحة ، اى أن الاصل فى الاشياء الاباحة حتى يقوم دليل شرعى على التحريم ، استصحاب العدم أو البراءة الاصلية ، أى أن الاصل هو براءة الذمة حتى يقوم الدليل على العكس ، استصحاب السبب ، فالزوجية مثلا تظل قائمة حتى تقوم البينة على انفصام عراها ، استصحاب الوصف مثل الحياة بالنسبة للمفقود فانها تستمر ثابتة له وما يترتب على ذلك من نتائج حتى يقوم الدليل على وفاته ، والكفالة تظل قائمة حتى يقوم دليل على الوفاء بالدين او اخلاء سبيل الكفيل من كفائته .

وذهب بعض الفقهاء الى القول بحجية الاستصحاب كدليل تبنى عليه الأحكام (منهم الشافعية ، الحنابلة ، الشيعة الامامية) وهم من الرافضين للاستحسان والمصالح المرسلة . ولكنهم جعلوه آخر مدارالفتوى ، أى لا نلجأ اليه الا اذا انعدمت الادلة الاخرى . بينما ذهب فقهاء المذاهب الاخرى الى رفض الاستصحاب كدليل قائم بذاته لأنه لا يثبت حكما جديدا بل يقتصر دوره على جعل الحكم الثابت بالدليل فى الماضى مستمرا .

٢ ــ شرع من قبلنا : وهى الاحكام التى شرعها الله تعالى للامم السابقة، مثل ما شرع لليهود والنصارى فى التوراة والانجيل . وتتحدد حجية هذه الاحكام على الوجه الآتى : الاحكام التى وردت فى الكتب السماوية السابقة =

تعدد المذاهب : وكان من الطبيعي فى هذه الظروف حيث يسود مبدأ حرية الاجتهاد أن يظهر أئمة مجتهدون يبين كل منهم ما يعتمد عليه من أدلة فيما يبديه من آراء وما يصدره من فتاوى ، وأن يجرى نقاش وجدل حول هذه الأدلة وسبل الاستنباط . وكان من الطبيعي أن يشايع كل مجتهد عدد من تلاميذه يتشربون منهجه فى الاستدلال ، يؤيدون وجهة نظره ويردون على مايوجه اليه من نقد . فأصبح لكل مجتهد وتلاميذه منهاج يميزه عن منهاج غيره من المجتهدين ، كما كان لهذه

= على القرآن ولم يتعرض لها الشارع الاسلامى لافى الكتاب ولا فى السنة لا تعتبر ملزمة للمسلمين . الاحكام التى تعرض لها الشارع الاسلامى وانكرها تعتبر منسوخة ومن ثم لا تلزم المسلمين . الاحكام التى اقرها الشارع الاسلامى فى الكتاب أو السنة تعتبر ملزمة للمسلمين ، وهى بهذا الاقرار اصبحت جزءا من التشريع الاسلامى . الاحكام التى اشار اليها الشارع الاسلامى دون التعرض لالغائها أو ابقائها ، ولم يقم دليل على نسخها اختلف رأى الفقهاء فى شأنها . فالبعض (الحنفية والحنابلة) يعتبرونها ملزمة للمسلمين ، والبعض الآخر (الأشاعرة والمعتزلة وبعض الشافعية وبعض المالكية) يرون عدم مشروعيتها ومن ثم عدم تطبيقها على المسلمين . ومن امثلة ذلك قوله تعالى (سورة المائدة : ٤٥) « وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين .. » . فهذه الآية تشير الى ما ورد فى التوراة وتطبيقا لهذا المبدأ ذهب انصار الراى الاول (جمهور الحنفية) الى القصاص من المسلم اذا قتل ذميا .

٣ ــ الذرائع : يقصد بالذريعة عند الاصوليين الوسائل التى يتوصل بها الى تحقيق مقاصد الشارع ، سواء بجلب النفع أم بدرء المفسدة . وحكم هذه الوسائل هو حكم ما افضت اليه من تحريم أو تحليل او كراهة او ندب او اباحة . فاذا كان المقصود حراما كانت الذريعة حراما ، وللحيلولة دون ذلك سد الفقهاء باب الذريعة . وتتنوع الذريعة باعتبار ما تفضى اليه من مفاسد الى عدة انواع : فاذا كانت الذريعة تفضي الى مفسدة قطعا ويقينا كانت الذريعة محرمة باتفاق العلماء ، مثل النظر الى عورة الاجنبية لانه يوصل الى الزنا ، والحال كذلك ان كانت المفسدة راجحة وغالبة ، مثل بيع السلاح وقت الفتن والثورات . اما ان كانت المصلحة راجحة والمفسدة نادرة كانت الذريعة مباحة ، فلا يمنع الناس من زراعة العنب لاحتمال استعمالها فى صنع الخمور لان اتخاذه للخمر نادر واتخاذه للاكل أرجح . فان كان المقصود يتردد بين المصلحة والمفسدة دون ترجيح بينهما ، مثل بيوع الاجال التى يمكن اتخاذها ذريعة للربا ، فان الراى يختلف بين العلماء فى شأنها ، فالامامان ابو حنيفة والشافعى اباحا الذريعة ومن ثم اباحا هذا البيع ، اما الامامان مالك واحمد فقد حرما هذه الذريعة ومن ثم ابطلا البيع احتياطيا .

المناقشات والجدل بين الأئمة وتلاميذهم أثرها فى التقريب بين وجهات النظر المختلفة مما يؤدى الى ظهور مناهج جديدة . وهكذا تعددت المناهج وتباينت النتائج فظهرت المدارس والمذاهب الفقهيه وانتشرت فى سائر أنحاء العالم الاسلامى .

وكان للاختلاف السياسى أثره فى هذا المجال . فانشقاق الخوارج والشيعة فى عام الجماعة وخروجهم على جماعة المسلمين لأسباب سياسية ، أدى مع الزمن الى ظهور فقه خاص بكل طائفة منهم . ثم انقسم فقه كل طائفة الى عدة مذاهب . وأشهر مذاهب الشيعة : الامامية ، الزيدية ، الاسماعيلية . أما جماعة المسلمين أو أهل السنة فقد انقسموا الى مدرستين : مدرسة الرأى ومدرسة الحديث . كما سبق أن أوضحنا . ثم انقسموا فى هذا العهد الى مدارس ومذاهب اندثر [1] أكثرها شيئا فشيئاً ولم يبق منها الا المذاهب الأربعة الكبرى : الحنفى ، المالكى ،

---

(١) من بين المذاهب التى اندثرت المذاهب الآتية :

١ — مذهب الأوزاعى . (٨٨ — ١٥٧) وانتشر مذهبه فى الشام وفى الاندلس ، واندثر فى القرن الثالث امام مذهب الشافعى بالشام ومذهب مالك بالأندلس . ويتميز مذهبه بنزعة أهل الحديث فضلا عن الروح الانسانية وحسن معاملة أهل الذمة .

٢ — مذهب الثورى : (توفى بالكوفة عام ١٦١) وقد اندثر بسرعة ولم يخلف أتباعا ولا مقلدين .

٣ — مذهب الليث بن سعد : (توفى عام ١٧٥) وكان فقيه مصر ، ولم يخلف أتباعا واندثر بسرعة .

٤ — المذهب الظاهرى : (توفى فى بغداد عام ٢٧٠) . اشتهر بالتمسك بالنصوص ورفض الأدلة العقلية . من أشهر أتباعه ابن حزم الأندلسى (توفى عام ٤٥٦) انتشر فى العراق ثم فى الأندلس . وأخذ فى الاضمحلال بعد القرن الخامس وانقرض تماما منذ القرن الثامن . وقد انفرد هذا المذهب بعدة نظريات أبرزها المساواة بين الجنسين . ولذلك يوجب نفقة الزوج المعسر على زوجته الغنية كما يجيز للمرأة أن تكون قاضيا فى كل صور المنازعات ، نظرية الوصية الواجبة . الخ .

٥ — مذهب الطبرى (توفى ببغداد عام ٣١٠) اشتهر بكتابيه « تاريخ الأمم والملوك » ، « جامع البيان فى تفسير القرآن » . واهتم بمقارنة المذاهب ببعضها . انقرض مذهبه فى منتصف القرن الخامس .

انظر المذاهب التى اندثرت : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١٤١ وما بعدها . صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٣٠ — ١٣٢ محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٧٠ — ١٧٤ .

الشافعى ، الحنبلى . وسنخص كلا منها بكلمة موجزة (١) .

وقد تضافرت عدة عوامل فى ظهور المذاهب الفقهية وتعددها واختلافها فيما بينها . وأهم هـذه العوامل حرية الاجتهاد وما استتبعه من تباين مناهج البحث ومسالك الاجتهاد وطرق استنباط الأحكام . وهذا الاختلاف لايمس العقيدة الاسلامية بل ينحصر أثره فى كيفية استنباط الحكم والنتيجة التى يتوصل اليها المجتهد ، والخطوط العريضة والأساسية لمناهج البحث كانت واحدة لدى جميع المذاهب ، وهى المنهاج التحليلى فى حالة وجود النص والمنهاج الاستقرائى عند غياب النص . وبالرغم من اتفاق كل المذاهب على الأصول والمبادىء العامة الا أنهم اختلفوا فى كيفية تطبيقها ومن ثم فى نتائج الاستنباط ، وبالرغم من اتفاقهم على أن القرآن الكريم هو أصل الشريعة ودليلها الأول الا أنهم اختلفوا حول تفسير بعض الآيات (٢) . ورغم اتفاقهم حول اعتبار السنة الدليل الثانى

---

(١) انظر فى التفاصيل : أحمد أمين . ضحى الاسلام . جـ ٢ : الخضرى تاريخ التشريع ، ص ١٤١ وما بعدها : على عبد القادر : تاريخ الفقه الاسلامى ؛ محمد يوسف موسى . المدخل . ص ١٢٦ وما بعدها ؛ صبحى محمصانى . الأوضاع التشريعية ، ص ١١٥ وما بعدها ؛ أبو زهرة : أبو حنيفة ، أبو زهرة : مالك .

(٢) من أمثلة ذلك تفسير أهل الظاهر للآية الكريمة (سورة البقرة : ٢٣٣) « وعلى الوارث مثل ذلك » للقول بوجوب نفقة الزوج المعسر على زوجته الموسرة ، وذلك على خلاف بقية المذاهب . كما اختلف الفقهاء فى تفسير بعض الأحاديث مثل حديث « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » مما أدى الى اختلافهم حول ما يسمى « خيار المجلس » واختلافهم فى تفسير حديث « لا تبيعوا الثمر حتى يبدو صلاحه » ، وهل مقتضى هذا الحديث الانتظار حتى بدو صلاحية كل الثمر أم الاكتفاء ببدو صلاحية بوادره وبواكيره . . . الخ . ومن أبرز الاختلافات حول تفسير الأحاديث اختلاف الفقهاء حول حرية التعاقد وشروط العقد ؛ فأهل الظاهر لا يبيحون الا العقود التى ورد حكم باباحتها اعتمادا على الحديث « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد » بينما يذهب الحنابلة الى أن الاصل هو الاباحة ما لم يرد نص بالمنع اعتمادا على الحديث « المسلمون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا » .

ومن أبرز الخلاف بين الفقهاء موضوع المساواة بين الجنسين ، فأهل الظاهر اباحوا ولاية المرأة للقضاء عموما وقصره الحنفية على الأموال ومنعه باقى الائمة . وكذلك الحال اختلاف الفقهاء حول « الوصية الواجبة » . وكذلك الاختلاف حول جواز الحجر على السفيه فقد رفضه أبو حنيفة وأهل الظاهر بينما أباحه جمهور الفقهاء .

بعد الكتاب الا أنهم اختلفوا حول ثبوت غير المتواتر منها كما اختلفوا فى تفسير بعض الأحاديث . أما الأدلة العقلية فقد تباينت وجهات النظر . فمنهم من تشدد فى شروط صحة الحديث وأفسح المجال للرأى (مثل الحنفية) ومنهم من تساهل فى شروط قبوله وتشدد فى قبول الرأى (مثل الحنابلة) كما اختلفت آراؤهم حول ما يؤخذ به وما لا يؤخذ به من الأدلة الاجتهادية . فالحنفية يأخذون بالاستحسان أما الشافعيـــة فيرفضونه .

ونلاحظ أخيرا أن الرواد الأوائل فى الاجتهاد ، وهم الصحابة والتابعون ، قد خلفوا ثروة فقهية ضخمة خلال أكثر من قرن من الزمان حددت مضمون الفقه الاسلامى ومعالمه ولكن ائمة المذاهب وتلاميذهم اختلفوا فى تأصيل فتاوى وآراء الصحابة والتابعين وردها الى دليل من الأدلة الشرعية (١) .

المطلب الثـانى

المذهب الحنفى

مؤسس المذهب : ينسب هذا المذهب الى مؤسسه أبى حنيفه (٢) النعمان (٧٠ — ١٥٠) . ولقب بالامام الأعظم ، وهو امام الرأى فى العراق ، وبلغ منزلة فى الفقه لم يصل اليها غيره من معاصريه من المجتهدين ولا ممن جاء بعده . واشتهر بسعة علمه وتوسعه فى اعمال العقل واستعمال القياس والاستحسان . لم يؤثر عنه أنه كتب فى الفقه ، ولكن تلاميذه وأتباعه هم الذين ألفوا فى الفقه ودونوا فى مؤلفاتهم آراء الامام وأقواله وأصول المذهب .

---

(١) من ذلك ان الامام ابى حنيفة يذهب الى التقيد براى الصحابى ان كان واحدا ، فان تعددوا واختلف رايهم فله الاختيار بين رايهم دون رفض رأيهم جمعيا . أما بالنسبة للتابعين فلا يلتزم بالاخذ براى أى منهم ويذهب أحمد بن حنبل الى ذات راى أبى حنيفة . أما الشافعى فيرى عدم القيد برأى الصحابى الا اذا كان رايه محل اجماع .

(٢) وهو من اصل فارسى ، فقد كان جده مملوكا لبنى تيم بن ثعلبة ثم اعتق فصار مولى لهم . وكان مولده بالكوفة بالعراق . وكان اماما فى الفقه، عرف بالورع والتقوى والزهد فى الجـاه والســلطان . عرضت عليه ولاية القضاء من الولاة والخلفاء فرفض ، وناله بسبب ذلك كثير من الاذى لدرجة انه ضرب بالسوط وحبس لامتناعه عن قبول القضـاء .

ومن أشهر تلاميذ أبي حنيفة : أبو يوسف (١) (١١٣ — ١٨٢) ؛ وأصبح قاضي القضاه ببغداد فى عهد الرشيد وكان أول من ولى هـذا المنصب ، وكان أفقه أهل عصره وأول من وضع فى أصول الفقه على مذهب الأمام . ومن أشهر كتبه كتابه فى الخراج الذي وضعه بناء على طلب الرشيد . وقد تأثر فقهه بعمله كقاض ، فقد أهتم بالجانب العملى للقضايا والأمور محل البحث ، وتوسع فى العمل بالأستحسان وتغير الأحكام بتغير الزمان وكان له دور بارز فى نشر المذهب . ولمن أشهر تلاميذ ابى حنيفـة محمـد بن الحسن الشيبانى (١٣٢ — ١٨٩) . لم يتصـل بالامام لأنه كان شابا يافعا حينما توفى الامام ؛ ولكنه اتصل بالامام مالك حينما رحل الى المدينة وتأثر بأهل الحديث . صار مرجع اهل الرأى والقياس فى عصره ، فقد حضر الامام الشافعى دروسه . اشتهر بدوره فى نشر المذهب . وجاءت شهرته بصفة خاصة بما وضعه من كتب أصبحت المراجع الأصلية عند الحنفية ، وهى كتب ظاهر الرواية وكتب النوادر (٢). وهو مع أبى يوسف يعرفان بالصاحبين : أى صاحبى ابى حنيفة . ومن تلاميذ المذهب « زفر » (٣) (١١٠ — ١٥٨) ، وكان من أصحاب الحديث فى البداية ، ثم أصبح من أهل الرأى لكثرة اتصاله بالامام . ويلى هؤلاء

---

(١) هو ابو يوسف يعقوب بن ابراهيم الانصارى الكوفى . وكان مولده عام ١١٣ هـ بالكوفة ، وتتلمذ على يد الامام ، وكان فقيرا لدرجة أن الامام أبى حنيفة كان ينفق عليه من وقت لآخر . وله بجانب كتابه فى الخراج كتاب الرد على سير الأوزاعى وكتاب اختلاف ابن ابى ليلى وأبى حنيفة ، وكلاهما مطبوع فى الجزء السابع من كتاب الأم للامام الشافعى .

(٢) وكتب ظاهر الرواية هى الكتب التى نقلها عنه الرواة الثقات ويبلغ عددها ستة هى : المبسوط ، الجامع الكبير ، الجـامع الصـغير ، السـير الكبير ، السير الصغير ، الزيادات . وكلها مجموعة فى كتاب « الكافى » لأبى الفضل المروزى المعروف بالحاكم الشهيد (توفى عام ٣٤٤) . وفى القـرن الخامس قام شمس الائمة محمد بن احمد السرخسى بشرح هذا الكتاب فى كتابه المعروف باسم « المبسوط » ويقع فى ثلاثين جزءا . فصـار الكتـاب وشرحه أهم كتب الأحناف . اما كتب النوادر فهى الكتب التى لم تصل الينا عن طريق الرواة الثقات .

(٣) هو زفر بن الهزيل بن قيس الكوفى ، وكان فى اول امره من أهل الحديث ، وبعد اتصاله بالامام اصبح من أهل الرأى واشتهر بالعمل بالقياس ولكنه لم يصل فى شهرته حد شهرة الصاحبين . وكان عابدا زاهدا .

فى الشهرة ، الحسن بن زياد اللؤلؤى (توفى ٢٠٤) (١) . وتتلمذ على الامام ثم صاحبيه من بعده .

خصائص المذهب : ويمتاز المذهب الحنفى بأنه أقدم المذاهب الاسلامية ؛ فاليهم آلت زعامة مدرسة الرأى التى قامت بالعراق . كما يمتاز بأنه أكثر المذاهب توسعا فى الأخذ بالرأى ، ولذلك كان أوسعها أنتشارا وأكثرها أتباعا وأخصبها انتاجا فى التأليف . فقد كان هو المذهب الغالب فى العراق فى العهد العباسى ؛ وكان المذهب الرسمى للدولة فى المعاملات فى عهد الدولة العثمانية ، وعليه اعتمدت مجلة الأحكام العدلية، وما زال هو المذهب الرسمى للدولة فى البلاد التى كانت خاضعة لحكم الدولة العثمانية . والمكتبة الفقهية الاسلامية تزخر بمؤلفات فقهاء الحنفية . فبعد عهد التلاميذ المباشرين لأبى حنيفة جاءت طبقات وطبقات من تلاميذهم يؤلفون فى الفقه وينشرونه سواء قبل قفل باب الاجتهاد أم بعد قفله — كما سنرى — فى سائر انحاء العالم الاسلامى . وبالرغم من أن الامام لم يكتب كتبا فى الفقه الا أن ما كتبه تلاميذه واتباعه على مر العصور قد حفظ آراءه وخلدوا مع الزمن وخلد المذهب نفسه .

ويعتمد المذهب الحنفى على الأصول الآتية فى استنباط الأحكام : الكتاب ثم السنة وبصفة خاصة المشهورة منها ثم الاجماع ، ثم القياس ثم الاستحسان والعرف وأحيانا كان يترك القياس ويقدم عليه الاستحسان متى تبينت المصلحة فى ذلك . أما عن حجية اجتهاد المجتهدين السابقين على عهد الامام فقد نقل عنه (٢) « انى آخذ بكتاب الله اذا وجدته ، فما لم أجد فيه ، أخذت بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التى فشت فى أيدى الثقات . فاذا لم أجد فى كتاب الله ، ولا سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أخذت بقول أصحابه من شئت وأدع قول من شئت ؛ لا أخرج من قولهم الى قول غيرهم . فاذا انتهى الأمر الى ابراهيم الشعبى والحسن وابن سيرين وسعيد بن المسيب ، على

---

(١) كان من المجتهدين ولكن درجته فى الفقه لم تبلغ درجة أبى يوسف ومحمد وزفر .

(٢) انظر ، الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ٢٣١ ؛ محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٣٠ نقلا عن الانتقاء فى فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء لابن عبد البر ، ص ١٤٣ .

أن اجتهد ، كما اجتهدوا » . وعلى نفس النهج سار تلاميذه ، فالحالات التى اختلف فيها رأى الامام عن رأى الصاحبين أو أحدهما ليست قليلة (١) .

المطلب الثالث

المذهب المالكى

مؤسس المذهب : سمى كذلك نسبة الى مؤسسه الامام مالك بن أنس ابن أبى عامر (٩٥ — ١٧٩) فقيه الحجاز . وقد ولد ونشأ ومات بالمدينة لم يغادرها ولذلك يلقب بامام دار الهجرة. ومذهب مالك تفرع عن مدرسة المدينة (أهل الحديث)، لذلك كان يعتبر على رأس أهل الحديث. وكتب الامام مالك عدة كتب لم يصلنا منها سوى كتابه « الموطأ » الذى اراد خلفاء بنى العباس المنصور ثم المهدى ثم الرشيد حمل الناس على هذا الكتاب والزامهم بما جاء فيه ولكن الامام مالك رفض ذلك .

تلاميذه : تتلمذ الكثيرون على يدى الامام مالك، منهم أئمة فى المذاهب الاخرى مثل محمد بن الحسن والامام الشافعى ؛ كما كان له اتباع وتلاميذ على مذهبه من أشهرهم أسد بن الفرات (٢) (١٤٥ — ٢١٣) الذى جمع كتاب المدونة وعنه أخذها عبد السلام بن سعيد التنوخى المعروف باسم « سحنون » (٣) (توفى عام ٢٤٠) ورتبها ودونها ونشرها ، وهى عماد مذهب المالكية .

---

(١) ومن ذلك أن أبا حنيفة وتلميذه زفر كان يريان عدم جواز الحجر على السفيه لأن « الحجر تصرف على النفس . والنفس اعظم خطرا من المال » بينما راى تلميذه ابو يوسف ومحمد جواز ذلك. ومن امثلة الاختلاف بين تلاميذ الامام ان ابا يوسف راى ان حوالة الدين تؤدى الى انقضاء التأمينات العينية (مثل الرهن) او الشخصية (مثل الكفالة) بينما رأى محمد بقاء التأمينات بحيث اذا لم يحصل الدائن على دينه من المدين الجديد جاز للدائن الرجوع على المدين القديم وما كان يضمن الدين من تأمينات .

(٢) هو من أهل تونس وان كان أصله من نيسابور . تولى امارة جيش المسلمين الذى فتح صقلية ؛ واستشهد فى سرقوسة بصقلية عام ٢١٣ هـ . سمع من مالك موطأه ورحل الى العراق حيث التقى بأصحاب ابى حنيفة وتأثر بهم .

(٣) تفقه فى القيروان بتونس ورحل الى مصر والمدينة والتقى بالعلماء فيها وتأثر بهم . ووصف بأنه افقه اتباع مالك لذلك كان يصفه البعض بأنه « كان فقيه أهل زمانه ؛ وشيخ عصره ؛ وعالم وقته » .

خصائص المذهب : نشأ مذهب مالك ـ كما رأينا ـ فى المدينة وانتشر بالحجاز والبحرين والكويت والمغرب والأندلس ، ولا يزال اليوم غالبا على أهل المغرب الأقصى وبين مسلمى أفريقيا الشرقية والغربية • ويلى مذهب الحنفية والشافعية من حيث الانتشار •

وقد اشتهر هذا المذهب ــ من حيث الأصول فى اعتماده على دليل اجتهادى، انفردوا به هو المصالح المرسلة • فالمذهب يعتمد على الكتاب ، السنة ، الاجماع ، القياس ، عمل أهل المدينة ، المصالح المرسلة ، الاستحسان ، الذرائع ، العرف ، الاستصحاب • ولكنهم يختلفون عن الحنفية فى أنهم لا يتوسعون فى القياس مثلهم ، كما أنهم يختلفون عن المذاهب الأخرى ــ رغم اتفاقهم معهم فى الأخذ بأحاديث الآحاد ــ فى أنهم يتركون العمل بحديث الآحاد اذا كان لا يؤيده عمل أهل المدينة • وينفرد المالكية فى القول بأن عمل أهل المدينة ــ وكان بها الصحابة ــ يعتبر مصدرا مستقلا قائما بذاته ويقدمونه على القياس وغيره من الأدلة العقلية •

المطلب الرابع

المذهب الشافعى

مؤسس المذهب [1] : ينسب الى امام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى (١٥٠ ــ ٢٠٤) • وهو من قريش • وكان مولده بغزة بالشام وهى نفس السنة التى توفى فيها الامام أبو حنيفة ، وحمل بعد فطامه الى مكة حيث نشأبها ، ودرس على الامام مالك • ثم انتقل الى بغداد عام ١٩٥ واتصل بمحمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفه وتأثر به • وأثناء اقامته بالعراق كتب بعض كتبه التى تضمنت ما عرف بمذهبه القديم • وحط رحاله بمصر عام ٢٠٠ حيث ألف أشهر كتبه وهى « رسالته » فى أصول الفقه وكتابه « الأم » فى الفقه • وفى هذه الكتب رجع عن بعض أقواله التى قال بها وهو بالعراق فنشأ مذهبه المعروف بالمذهب الجديد أو المذهب المصرى • ولذلك يعد الامام الشافعى أول من كتب فى أصول الفقه ،

---

(١) كان يروى عنه أنه حفظ القرآن الكريم فى سن السابعة أو التاسعة ونبغ فى الفقه والحديث وهو ابن عشرين عاما واذن له شيخه مسلم بن خالد الزنجى مفتى مكة وهو ابن عشرين عاما .

فرسالته الشهيرة تعرض فيها للأدلة الشرعية وشروط اعتمادها وطرق استنباط الأحكام منها •

تلاميذه : تتلمذ على الشافعى كثيرون من اتباعه ومن المذاهب الأخرى ، ومن هؤلاء الأئمة : أحمد بن حنبل ، الطبرى ، داود الظاهرى • ومن أشهر اتباعه الذين نشروا مذهبه ثلاثة من المصريين هم : البويطى (١)، المزنى (٢) ، الربيع بن سليمان (٣) •

خصائص المذهب : انتشر مذهب الشافعى فى مصر ، وكان مذهب الدولة أيام الأيوبيين ، ويغلب هذا المذهب على أهل أندونيسيا واليمن • وله اتباع كثيرون فى أمور العبادات فى البلاد التى اتخذت من المذهب الحنفى مذهبا رسميا فى أمور المعاملات •

ويتميز هذا المذهب من حيث الأصول والفكر انه جاء معتدلا بين أهل الرأى وأهل الحديث وان كان الى الأخيرين أقرب ، ولذلك يعد من فروع مدرسة الحديث • وأسس هذا المذهب نجدها معروضة فى كتابيه « الرسالة » و « الأم » الذين كتبهما أثناء اقامته بمصر • ويعتمد الشافعى على الأدلة الآتية • الكتاب ، السنة ، الاجماع ، القياس ، الاستصحاب • ختلف عن الحنفية فى أنه يرفض الاستحسان ولا يسرف فى الأخذ بالقياس .. بأن يكون له أصل من الكتاب أو السنة ، ويختلف عنهم كذلك فى .. بحديث الآحاد ان كان راويه ثقة ولا يشترط أن يكون مشهورا .. يختلف عن المالكية فى رفضه نظرية المصالح المرسلة كما أنه يختلف فى أنه لا يشترط فى الحديث أن يكون مؤيدا بعمل أهل المدينة •

---

(١) هو يوسف بن يحيى البويطى ، توفى عام ٢٣١ هـ مسجونا ببغداد .. ب الفتنة التى قامت حول موضوع خلق القرآن التى اثارها الخليفة .. ن •

(٢) هو ابراهيم بن اسماعيل بن يحيى المزنى (توفى عام ٢٦٤) • وعنه .. عدد كبير من علماء خراسان والعراق والشام •

(٣) هو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادى (توفى عام ٢٧٠) ، وكان مؤذنا بجامع عمرو بن العاص ، واتصل بالشافعى وصار راوية كتبه ، عن طريقه وصلت الينا كتب الامام الشافعى مثل الرسالة والأم وغيرهما •

المطلب الخامس
المذهب الحنبلي

مؤسس المذهب : ينسب الى الامام أبي عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال بن أسد الذهلي الشيباني . ولد في بغداد عام ١٦٤ ، وبها نشأ ثم توفي عام ٢٤١ ، ورحل الى بلاد كثيرة طلبا للعلم . تلميذ على الشافعي ثم استقل بمذهبه . وكان صلبا في عقيدته في وقت اشتد فيه الجدل والخلافات الدينية والسياسية . ومنها موضوع خلق القرآن الكريم الذي تبناه الخليفة المأمون ، ولكن ابن حنبل أصر على أن القرآن غير مخلوق ، باعتباره كلام الله ، فضرب بالسياط عام ٢٢٠ ليرجع عن رأيه ولكن تلك المحنة لم تزده الا تمسكا برأيه . وكتب الامام ابن حنبل كتابه الشهير المعروف « مسند ابن حنبل » الذي جمع فيه قرابة أربعين ألف حديث في ستة أجزاء .

تلاميذه : تولى تلاميذه (١) نشر مذهبه ولكنه لم يلق قبولا كثيرا . ومن أشهر تلاميذ المذهب ابن تيمية (توفي عام ٧٢٨) صاحب الرسائل والفتاوى المشهورة وتلميذه ابن القيم صاحب اعلام الموقعين (توفي عام ٧٥١) . وبفضلهما تجدد المذهب وزاد انتشاره . وبفضل محمد بن عبدالوهاب النجدي (توفي ١٢٠٦) صار المذهب الحنبلي هو المذهب الرسمي للدولة السعودية . وبالرغم من ذلك فان اتباع المذهب في مختلف بلاد العالم الاسلامي لا يزيدون عن بضعة ملايين معظمهم في الجزيرة العربية .

خصائص المذهب : يتميز المذهب الحنبلي بالتشديد في أمور العقيدة ، فكانوا يقومون بأنفسهم باراقة الخمور وضرب المغنيات ويعترضون على المشي في الطرقات بصحبة النساء .. الخ ، حتى جاء ابن تيمية وافتى بأن ذلك من اختصاص ولي الأمر ولا يجوز لهم القيام بذلك الا بترخيص من ولي الأمر .

---

(١) منهم ، الأثرم أبو بكر أحمد بن محمد بن هاني الخراساني البغدادي (توفي عام ٢٧٧) وله كتاب في السنن على مذهب ابن حنبل ، احمد بن محمد بن الحجاج المروزي (توفي عام ٢٧٥) وكان اماما في الفقه والحديث ، ابراهيم الحربي ابو اسحاق (توفي عام ٢٨٥) وكان متبحرا في الحديث ، ابو القاسم عمر بن ابي علي الحسين الخرقي البغدادي (توفي عام ٣٢٤) وله مؤلفات كثيرة .

ويتميز المذهب الحنبلى ـ من حيث الاصول ـ بأنه أبعد المذاهب عن الأخذ بالرأى وأكثرها تمسكا بالنصــوص . فالأدلة عندهم تنحصر فى الكتاب والسنة والاجماع والقياس والاستصحاب والمصالح وسد الذرائع. ولكنهم يأخذون بالحديث المرسل والحديث الضعيف ويقــدمونه على على القياس . يأخذ برأى الصحابى ولو كان بنفردا ولا يخرج عنه ويقدمه على القياس . لا يأخذ بالقياس الا للضرورة أى اذا لم يجد نصا فى الكتاب أو السنة ـ ولو كانت ضعيفة ـ أو الاجماع أو رأيا لصحابى .

المطلب السادس
مذاهب الشيعة

اهم المذاهب الشيعية : (١) : سبق أن تعرضنا لنشأة الشيعة والأسباب السياسية التى أدت الى خروجهم على الجماعة وقد نتج عن هذا الخــلاف السياسى خلافات دينية وفقهية . ومن أهم المذاهب الفقهية عند الشيعة ، مذهب الامامية ، وهم يمثلون الغالبية العظمى من الشيعة فى الوقت الحاضر، مذهب الزيدية فى اليمن .

وكلتا الطائفتين تختلف عن مذاهب أهل السنة من حيث الأصول . فالشيعة لاترجع بعد الكتاب الا الى الأحاديث التى رواها أئمتهم ورجالهم ، ويسمونها الأخبار وينكرون الاجماع كما يرفضون القياس لعدم الحاجة اليه لأن الامام (الخليفة) لديه علم الأحكام الشرعية بطريقة الوصية ممن سبقه من الأئمة حتى الامام على . ويقولون أيضا بأن الاجتهاد لم يغلق ولا يستطيع أحد اغلاقه .

وفقه الزيدية أقرب المذاهب الى فقه أهل السنة وان اختلفوا معهم فى بعض المسائل (٢) .

---

(١) انظر فى كتب الفقة عند الشيعة : محمد يوسف موسى : المدخل ، ص ١٥٧ ، صبحى محمصانى : الأوضاع التشريعية : ص ١٢٦ والمراجع الفقيه الوارد فيهما .

(٢) من ذلك أنهم يخالفون اهل السنة فى تحريم ما ذبحه غير المسلم ، تحريم الزواج من الكتابيات . ويختلفون عن الشيعة الامامية فى أنهم يحرمون زواج المتعة .

وفقه الامامية : ويسمى أيضا بالمذهب الجعفرى نسبة الى جعفر الصادق . أقرب الى المذهب الشافعى (١) .

المبحث الثالث
الاستحسان

التعريف بالاستحسان : أشتهرت المدرسة الحنفية بالاستحسان كدليل اجتهادى ، فهو من نتاج فكرها . وقد لجأوا اليه لعلاج النتائج الضارة التى نجمت عن التوسع فى اعمال القياس .

تعددت تعاريف الاستحسان فى كتب الفقه وان اتفقت كلها على تصويره فى صورة استثناء من مقتضى القواعد العامة . ومن هذه التعاريف تعريفه بالآتى : « الاستحسان هو العدول فى مسألة عن مثل ما حكم به فى نظائرها الى خلافه لوجه هو أقوى (٢) .

ومن هذا التعريف يبين أن ما يستحسنه الفقيه بعقله من غير دليل لايعتبر استحسانا بل هو الهوى وهو ما ينكره جميع العلماء ، والاستحسان بغير دليل هو الذى يقصده الامام الشافعى بجملته المشهورة « ليس المجتهد أن يشرع ومن استحسن فقد شرع »(٣) .

صور الاستحسان : والاستحسان الذى يعتبر مصدرا عند الحنفية هو الذى يكون عند العدول عن حكم والأخذ بحكم آخر يعتمد على دليل أقوى مرتبة ،أو أقوى حجة ، أو يحقق المصلحة والعدل . والعدول لدليل أقوى مرتبة يسمونه استحسان الشارع ، والعدول لدليل أقوى حجة يسمى

---

(١) يبلغ عدد المسائل الفقهية التى يختلفون فيها عن اهل السنة بضع عشرة مسألة منها : — اباحة زواج المتعة (الزواج المؤقت) استنادا الى حديث ابن عباس وغيره رافضين راى أهل السنة والشيعة الزيدية الذين قالوا بنسخ هذا الحديث حال حياة الرسول نفسه ﷺ

(٢) هذا التعريف هو تعريف الكرخى الذى أورده مع غيره من التعاريف ، الآمدى ، جـ ٤ ، ص ٢١٢ .

(٣) المستصفى للغزالى ، جـ ١ ، ص ١٣٧ ، والام للشافعى ، جـ ٧ ، ص ٢٧٣ — ٢٧٤ .

الاستحسان القياسى ، والعدول لمتتضيات المصلحة والعدل يسمى استحسان الضرورة •

وغير الحنفية ممن يأخذون بالاستحسان يلحقون الاستحسان القياسى بالقياس ويلحقون استحسان الضرورة بالمصالح المرسلة •

١ — **استحسان الشارع** : ويكون ذلك عند العدول عن الحكم لدليل أقوى مرتبة • ويكون ذلك عند العدول عن حكم القياس الى حكم مخالف ثبت بالكتاب (١) أو بالسنة (٢) أو بالاجماع (٣) ، ولذلك يسمى استحسان الشارع • وهذا الاستحسان يسميه الحنفية استحسان الكتاب أو السنة أو استحسان الاجماع • وقد انتقد الاستاذ الزرقا (٤) بحق مسلك الحنفية فى هذا المجال لأن الحكم الثابت باستحسان الشارع لا يستند فى ثبوته الى استنباط الفقيه للحكم بطريق الاستحسان بل يستند الى حكم ثابت فى الكتاب أو السنة أو الاجماع • فدليل الحكم ليس الاستحسان بل الكتاب أو السنة أو الاجماع فالشارع هو الذى خص موضوعا معينا

---

(١) من أمثلة العدول استنادا الى نص فى الكتاب : الأصل فى التمليك عدم جواز اضافته الى زمن زوال الملك . ومقتضى ذلك بطلان الوصية لانها تصرف مضاف الى ما بعد الموت ، ومن ثم كان التمليك مضافا الى زمن زوال الملك . ولكن القرآن الكريم اجاز الوصية بقوله تعالى (سورةالنساء : ١٠) « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

(٢) ومن امثلة العدول استنادا الى السنة : ان محل العقد فى عقدالايجار، وهو المنفعة ، وهى غير موجودة وقت العقد بل تتجدد فى المستقبل ، ومن ثم يعتبر العقد باطلا ، ولكن الحديث النبوى أباح الايجار اذ يقول « اعطوا الأجير أجره قبل ان يجف عرقه » . وكذلك الحال فى عقد السلم وهو عبارة عن بيع شىء آجل موصوف فى الذمة بثمن عاجل ، فمثل هذا البيع حكمه البطلان لأنه ورد على شىء غير موجود وقت العقد والحديث النبوى يقول « لا تبع ما ليس عندك » ولكن هذا العقد أبيح اعمالا لحديث آخر يقول « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم » .

(٣) ومن امثلة العدول استنادا الى الاجماع القول بصحة عقد الاستصناع فالقياس يقضى بعدم صحة عقد الاستصناع لأن الشىء المطلوب صنعه غير موجود وقت العقد ، ولكنه أجيز لتعامل الناس به فى زمن الرسول وفى عهد الصحابة فكان استحسانا بالاجماع .

(٤) مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٥٧ — ٥٨ .

بحكم استثنائي — لمصلحة قدرها الشارع — فالشارع هو الذى استحسن هذا الحكم وليس الفقيه • والمقصود بالاستحسان استحسان الفقيه المستنبط من نصوص الشارع وليس استحسان الشارع • ولعل (١) الحنفية توسعوا فى الاستحسان بادخال الشارع ضمن صور الاستحسان للرد على المخالفين الذين يعتبرون الاستحسان من قبيل التشريع بالهوى •

٢ — **الاستحسان القياسى** : هو العدول لدليل أقوى حجة وأسد نظرا والدليل الأقوى حجة يكون فى حالة تعدد وجوه القياس وتعارضها فى المسألة الواحدة • وهنا يترك حكم القياس الظاهر الى حكم مغاير ناتج عن قياس خفى هو أقوى حجة وأصح استنتاجا • وهذا النوع من الاستحسان يسمى الاستحسان القياسى لأنه ترجيح لأحد الأقيسة على الآخر (٢) •

---

(١) مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٧٥ — ٨٥ .

(٢) ومن أمثلة ذلك : اذا ادعى شخص أنه وكيل عن دائن غائب بقبض دينه وأقر المدين بهذه الوكالة ألزم بدفع الدين الى الوكيل ، فاذا حضر الدائن الغائب وأنكر الوكالة لا تثبت الوكالة القبض ولا تبرأ ذمة المدين بل يلتزم بوفاء الدين حتى ولو كان قد وفى الدين الى هذا الوكيل ، وللمدين حينئذ حق الرجوع على الوكيل المزعوم ليسترد منه ما دفعه اليه . والقياس الظاهر أنه اذا أودع شخص شيئا عند آخر ثم غاب وجاء شخص ثالث وادعى أنه وكيل عن المودع يقبض الوديعة وأقر المودع لديه (الوديع)بالوكالة يمكن القول بالزام الوديع بتسليمه الوديعة ، وذلك قياسا على حالة الزام المدين فى المثال الأول بالوفاء بالدين للوكيل . غير أن الفقهاء استحسنوا عدم الزام الوديع بتسليم الوديعة الى الوكيل ولو كان الوديع مقرا بهذه الوكالة لاحتمال أن يحضر المودع وينكر الوكالة وقد يتعذر استرداد الوديعة من الوكيل لتصرفه فيها ، وحينئذ لا يمكن مطالبة الوديع لأن حق المودع تعلق بعين الوديعة وليس بذمة الوديع وذلك على خلاف حالة الوكيل يقبض الدين لأن حق الدائن متعلق بذمة المدين ويمكن الزامه بالدفع ثانية الى الدائن . وأساس التفرقة هذه أن اقرار المدين بمبلغ من المال بالوكالة هو اقرار على نفسه ، فاذا لم تثبت الوكالة كان هو المفرط فى حق نفسه . اما اقرار الوديع بالوكالة فهو اقرار على الغير (المودع) فلو الزمنا الوديع بالتسليم لكان ذلك تفريطا فى حق المالك بمجرد اقرار من غيره .

انظر فى هذا المثال وغيره ، من الامثلة ، مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٤٩ — ٥٢ .

حق المرور لا يدخل فى الأرض الزراعية المبيعة الا بالنص بينما يدخل

٣ ــ **استحسان الضرورة** : هو ترك مقتضى الدليل والأخذ بحكم مخالف نزولا على مقتضيات المصلحة أو تحقيقا للعدالة . وقد يكون العدول عن الحكم الى حكم مخالف جرى به عرف غالب (١) ، أو اقتضته العدالة (٢) أو المصلحة (٣) أو ترك العسر لليسر أو رفع المشقة وايثار

= بدون نص فى اجارة الأرض الزراعية لان الانتفاع بالعين المؤجرة لايتحقق الا بدخول حق المرور . وفى حالة وقف الأرض الزراعية فانه يمكن قياسها على بيع الارض الزراعية ، كما يمكن قياسها على الارض الزراعية المؤجرة ، ولما كان الغرض من وقف الاراضى الزراعية هو الانتفاع بها فانها تقاس على الأرض المؤجرة ومن ثم يدخل فيها حق المرور دون نص استحسانا .

(١) ومن أمثلة ذلك : اباحة بيع الوفاء لحاجة الناس اليه وجريان العرف به منذ القرن الخامس الهجرى (وقع هذا النوع من البيع فى بخارى وقال عنه النسفى فى فتاواه « البيع الذى تعارفه اهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء ، هو فى الحقيقة رهن » ومعروف أن النسفى ولد عام ٤٦١ هـ وتوفى عام ٥٣٧ هـ (أنظر الزرقا ، المدخل ، ص ١٨٣ ، هامش ١) . وكذلك منع الضرر الناتج عن استعمال الحقوق . مثل حقوق الجوار . نهى الحديث عن بيع وشرط واستثنى بعض الشروط ، وعلى ذلك فكل شرط لم يرد بجوازه نص شرعى يعتبر باطلا وان جرى به العرف . غير أن الحنفية فسروا هذا الحديث على أن استثناء بعض الشروط هو تقرير لما جرى به العرف وقت صدور الحديث ، فاذا ما تبدل الحال وجرى العرف على اباحة شروط أخرى صح الشرط . فالقياس يقضى ببطلان الشرط ولكنهم تركوا القياس وأباحوا الشرط استحسانا طالما جرت به عادة أهل البلد واستقر فى العرف .

(٢) ومن امثلة الاستحسان المحقق للعدالة ما قضى به عمر بن الخطاب فى المسالة المشتركة وقد أخذ برايه المالكية والشافعية . فقد قضى عمر باشتراك الأخوة الاشقياء وهم من العصبات مع الاخوة لام وهم من أصحاب الفروض فى نصيب هؤلاء (الثلث) استحسانا عندما يؤدى تطبيق القاعد الى عدم بقاء شىء للاخوة الاشقاء من التركة كما فى حالة وفاة امراة عن زوج وأم واخوة لام واخوة أشقاء ، فالزوج يحصل على النصف والام تختص بالسدس والأخوة لأم يحصلون على الثلث .

(٣) ومن امثلة الاستحسان الثابت بالمصلحة : الاصل العام أن الاجير المشترك أى العام (مثل الخباز والنجار والكواء وغيرهم ممن يؤجر عمله فى مهنة معينة أو حرفة معينة لكل راغب فيها) لا يضمن هلاك أو تلف ما فى يديه من مال الغير الا اذا ثبت تقصيره أو تعديله لان يد امان ولا ضمان على مؤتمن قياسا على المودع لديه . ولكن فريقا من الفقهاء عدل عن هذا الحكم وقال بوجوب الضمان (التعويض) على هذا الأجير استحسانا محافظة على مصالح الناس ــ ولا يعفيهم من المسئولية الا اثبات الهلاك بقوة قاهرة ، واستبقوا القاعدة القديمة فى خصوص الأجير الخاص (كالخادم مثلا وغيره ممن يؤجر عمله طول وقته لشخص معين) .

التوسعة (١) •

ويدخل فى استحسان الضرورة أيضا العدول عن مقتضى حكم عام الى حكم خاص أو العدول عن حكم كلى الى حكم استثنائى • وتطبيقا لذلك أباح الحنفية تخصيص النص استحسانا تحقيقا لمصلحة معينة ـ كما سنرى عند الكلام عن المصالح المرسلة ـ مثل اباحة شهادة التسامع ؛ وقبول شهادة النساء وحدهن فى بعض الأمور ؛ بيع الثمر بعد بدو صلاحه ، اباحة الشروط التى جرى بها العرف •

وفى كل هذه الصور يكون العدول عن حكم اجتهادى الى حكم اجتهادى آخر •

حجيته : ترجع حجية الاستحسان كمصدر تبنى عليه الأحكام عند القائلين به الى ما ورد فى القرآن الكريم (سورة الزمر : ١٨) « الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه » وقوله تعالى (سورة الأعراف : ١٤٥) « فخذها بقوة وأمر قومك يأخذوا بأحسنها » وقوله تعالى (سورة الزمر : ٥٥) « واتبعوا أحسن ما أنزل اليكم من ربكم » • وما ورد فى السنة فى الحديث المشهور : « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » فضلا عن اجماع الأمة على الأخذ به فى كثير من الأمور (٢) •

وقد أخذت المذاهب الفقهية المختلفة بالاستحسان كمصدر ، فيما عدا الشافعية ، مع ملاحظة أن الاستحسان عند المالكية يقتصر على ترك القياس الظاهر اذا عارضه عرف غالب أو عارضته مصلحة راجحة أو أدى الى حرج ومشقة •

منزلة الاستحسان فى الاستدلال : يعتبر الاستحسان من الأدلة الاجتهادية (العقلية) • مثله فى ذلك مثل القياس ، ولذلك فلا يجوز

---

(١) ومن امثلة ذلك أن الأصل المقرر فى عقد المزارعة أنها تنتهى بموت العاقدين أو أحدهما ولكنهم خرجوا على هذا الأصل واستحسنوا بقاء العقد اذا ما توفى صاحب الأرض قبل نضوج الزرع وقالوا ببقاء العقد حفظا لمصلحة العامل ودفعا للضرر عنه •

(٢) أنظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٨٩ •

اعماله الا فى غير العبادات كما أنه يدخل فى عداد الأدلة التبعية ، ومن ثم لا يجوز له مخالفة دليل نقلى (قرآن ، سنة ، اجماع) وبالنظر الى أن الأدلة الاجتهادية — باستثناء الاجماع — تتساوى فى المرتبة فانه يجوز لأى منها أن يلغى الآخر • والواقع أن الاستحسان يرجح القياس أحيانا لأنه ما وجد الا لعلاج المشاكل الناجمة عن الافراط فى استعمال القياس (١) •

المبحث الرابع
المصالح المرسلة

التعريف بالمصالح المرسلة (الاستصلاح) : ظهرت المصلحة المرسلة، كدليل شرعى مستقل تبنى عليه الأحكام فى العصر العباسى ، بعد ظهور الاستحسان كدليل شرعى مستقل • وقد أخذ كثير من العلماء بالمصلحة المرسلة ، وأشهرهم فى هذا المجال المدرسة المالكية ثم الحنابلة وقد عبر الغزالى عنها بتعبير الاستصلاح • ويعرف المالكية المصلحة المرسلة بأنها « كل مصلحة غير مقيدة بنص من الشارع يدعو الى اعتبارها أو عدم اعتبارها ، وفى اعتبارها مع هذا جلب نفع أو دفع ضرر »(٢) •

صور المصلحة : استهدف الشارع الاسلامى فى أحكامه تحقيق مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم ، وهو الذى يقدر ما اذا كان عملا معينا يحقق لهم مصلحة ، أى يجلب نفعا ، أو يدفع عنهم مفسدة ، أى يدرأ عنهم ضررا • والمصالح التى أدخلها الشارع فى اعتباره قسمها الأصوليون (٣) الى ثلاثة أقسام : مصالح معتبرة ، أى قام الدليل على اعتبارها ؛ مصالح ملغاة ، أى قام الدليل على الغائها ؛ مصالح مرسلة ؛ أى لم يقم دليل على اعتبارها أو الغائها •

١ — المصالح المعتبرة وهى تشمل ثلاث مراتب : ١ — مصالح ضرورية وهى التى تتوقف عليها حياة الناس فى الدنيا والآخرة وبدونها

---

(١) أنظر الزرقا ، المدخل ، جـ ١ ، ص ٨٤ •

(٢) أنظر : محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٩١ •

(٣) أنظر : محمد زكريا البرديسى ، أصول ، ١٩٦٩ ، ص ٢١ وما بعدها .

تتوقف الحياة • وهى تنحصر فى المحافظة على خمسة أمور على الترتيب الآتى : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال • ٢ — مصالح حاجية وهى التى لا تحقق مصلحة ضرورية ولكنها ترفع الحرج عن الناس مثل اباحة بعض صور المعاملات وتحريم بعضها • ٣ — مصالح تحسينية : وهى التى لا تستهدف المحافظة على مصلحة ضرورية ولا رفع الحرج عن الناس ولكنها تستهدف الأخذ بمحاسن العادات والوصول بالمجتمع الى الكمال الأخلاقى ومن أمثلة ذلك آداب الأكل والشرب ، التقرب بنوافل الخيرات ، منع قتل النساء والصبيان والرهبان فى الحرب ، تحريم الغرر والغش •

٢ — المصالح الملغاة : وهى التى قام الدليل على الغائها مثل الرهبانية لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رهبانية فى الاسلام » ، وبعض صور البيوع والزواج التى ألغاها الاسلام ، وبعض صور المعاملات كالربا الذى ألغاه الاسلام •

٣ — المصالح المرسلة : وهى المصالح التى لا تدخل فى الصورتين السابقتين ، أى لم يرد فى شأنها حكم يشهد باعتبارها ولا الغائها • وهى نعتبر دليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام ، عند القائلين بها ، اذا كانت تحقق نفعا للناس أو تدفع عنهم ضررا •

ويبين من التعريف السابق أن المصالح التى شهد لها الشارع بحكم معين لا تعتبر من قبيل المصالح المرسلة بل يعتبر حكمها ثابتا بنص الشارع ، مثل كتابة القرآن لأن الرسول عليه السلام أمر كتبة الوحى بكتابته عند نزوله •

الترجيح بين المصالح : اذا تعارضت المصالح أو تنافست فيما بينها يتم الترجيح بينها حسب مرتبتها ، فتتقدم المصالح الضرورية على الحاجية والحاجية على التحسينية • فان اتحدت المرتبة يتم الترجيح على أساس أولوية النوع ، فتتقدم المصلحة فى الدين على المصلحة فى النفس ، ثم النفس على العقل ثم العقل على النسل ، ثم النسل على المال • فاذا تعارضت المصالح ذات المرتبة الواحدة والنوع الواحد ، يجرى الترجيح بينها حسب مدى عموم وخصوص كل منها ، فتتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة • ومن أمثلة ذلك الخلاف الشهير بين الامام مالك والامام

الغزالى حول جواز سجن المتهم وضربه حتى يقر بالسرقة اذا احتفت به القرائن . فقد ذهب الامام مالك الى جواز ذلك تأسيسا على أن المصلحة فى المحافظة على المال لها طابع العموم بينما المصلحة فى عدم المساس بجسم الانسان لها طابع الخصوص . ولكن الامام الغزالى عارض — بحق — هذا الرأى انطلاقا من أن التعارض قائم بين مصلحتين لهما طابع الخصوص ، فالمصلحة فى ضرب المتهم لاستنطاقه بالسرقة تعارضها مصلحة مماثلة هى مصلحة المضروب فى عدم المساس به ، فقد يكون بريئا . ومن المسلم أن ترك الضرب فى مذنب أهون من ضرب برىء (١) . فاذ تساوت المصلحتان المتعارضتان فى المرتبة والنوع ودرجة العموم والخصوص يتم الترجيح بينها على أساس المعيار الذى وضعته القاعدة الفقهية الشهيرة « الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف » ، ومن أشهر تطبيقات هذه القاعدة ما وضعه الفقهاء من معايير فى خصوص حقوق الجوار والتعسف فى استعمال الحق .

مقارنة المصالح المرسلة بالاستحسان : ان المصالح المرسلة وان كانت تتفق مع الاستحسان فى الغاية الا أنهما يختلفان من حيث أن الاستحسان صوره الفقهاء على أنه استثناء من القواعد التى يوجبها القياس أو استثناء من القواعد العامة ، وخاصة استحسان الضرورة ، أما المصلحة فهى أعم من ذلك فهى أصل عام ودليل مستقل لأنها تشمل الاستحسان وتشمل أيضا الحالات التى توجب المصلحة اقرارها ، ولا يقوم دليل من الشارع على اعتبارها أو عدم اعتبارها فتكون المصلحة هنا هى الدليل الوحيد الذى يبنى عليه الحكم . وقد اعتبرها المالكية أصلا تبنى عليه الأحكام . ذلك أن المصلحة المرسلة عند المالكية تطبق فى حالتين : الحالة التى لا يكون فى الموضوع قياس محمول على نص ، وحينئذ تكون المصلحة هى الدليل وحدها . والحالة الثانية هى حالة ما اذا كان اطراد القياس يؤدى الى الوقوع فى حرج أو ينافى مصلحة ظاهرة فحينئذ يترك القياس لهذا النفع المجتلب ولذلك الضرر المجتنب ، وسمى هذا النوع الأخير الذى قوبل بالقياس استحسانا (٢) .

---

(١) أنظر : سعيد الصادق ، المنهج القانونى فى الولايات المتحدة الأمريكية وفى جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، ١٩٧٧ ، ص ٢٩٢ .

(٢) أنظر : أبو زهرة ، مالك ، ص ١٧٩ ، وفى تفصيلات المصلحة ، أنظر : مصطفى زيد ، المصلحة المرسلة فى التشريع الاسلامى ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

ولذلك يمكن القول بأن جوهر الاستحسان : عند الحنفية والقائلين به ، يتفق مع جوهر المصالح المرسلة ، عند المالكية والقائلين بها : غير أن المالكية بنوا نظريتهم فى المصالح المرسلة فى تاريخ لاحق لنظرية الاستحسان عند الحنفية فجاءت نظرية المالكية أوفى وأوسع وحظيت لديهم بصياغة فنية دقيقة برزت فى مذهبهم واشتهروا بها . وواقع الأمر أن الحنفية عندما سلموا باستحسان الضرورة الذى يقضى بالعدول عن القواعد القياسية الى الأخذ بما هو أوفق للناس وأيسر لهم والالتفات الى المصلحة والعدل قد اعتمدوا على المصالح المرسلة فى تقرير هذه الاستثناءات وان أسموا هذا الاستنباط استحسانا : أما المالكية فلم يقفوا فى الاعتماد على المصالح المرسلة عند حد ترك القياس الذى يؤدى اطراده الى خلاف المصلحة بل جاوزوا هذا النطاق الى حد اعتبار المصلحة المرسلة دليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام فتكون هى الدليل عندما لا يوجد دليل سواها (١) .

شروطها : اشترط الفقهاء القائلون بالمصلحة المرسلة كمصدر للتشريع عدة شروط أجملها الشاطبى (٢) فى ثلاثة : « أحدها الملائمة لمقاصد الشرع ، لا تنافى أصلا من أصوله ولا دليلا من دلائله ، والثانى، أن عامة النظر فيها انما هو فيما عقل منها وجرى على المناسبات المعقولة التى اذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول ؛ فلا مدخل لها فى التعبدات وما تجرى مجراها من الأمور الشرعية لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معنى على التفصيل ، والثالث أن حاصل المصالح المرسلة يرجع الى حفظ أمر ضرورى ورفع حرج لازم فى الدين » .

ويبين من ذلك أن القائلين بالمصلحة كمصدر من مصادر التشريع قد اشترطوا للأخذ بها شروطا أهمها :

١ — أن يكون ذلك فى مجال المعاملات لا العبادات لأن هذه الأخيرة ثابتة لا تتغير ، فضلا عن أنه لا يجوز اعمال العقل والفكر فيها .

٢ — أن يستهدف بناء التشريع على المصلحة جلب نفع أو درء ضرر .

(١) مصطفى الزرقا ، المدخل : ص ٨٨ — ٨٩ .
(٢) الشاطبى : الاعتصام ؛ جـ ٢ ، ص ١١٠ — ١١١ ، ١١٤ .

٣ ــ أن تكون المصلحة التى يشرع من أجلها حقيقية وكلية ، ومن ثم تستبعد المصلحة المتوهمة كما تستبعد المصالح الجزئية ؛ فلا يصح تشريع حكم بناء على مصلحة خاصة بفرد معين بغض النظر عن بقية الناس بل لابد أن تشمل المصلحة أكبر عدد من الناس فتجلب لهم النفع وتدفع عنهم الضرر •

٤ ــ ألا يعارض التشريع الذى بنى على المصلحة مقصدا من مقاصد الشريعة ولا دليلا من أدلتها • وسنعرض لهذا الشرط ببعض الايضاح •

شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع مقاصد الشريعة : يجب أن يكون التشريع بالمصلحة ــ فى الحالات التى يجوز فيها ــ مطابقا لمقاصد الشريعة غير معارض لها • والواقع أن تتبع الأحكام الشرعية يدل على أنها تهدف الى المحافظة على كيان المجتمع وتحقيق مصالح الناس • والدوافع التى تدعو الى التشريع بالمصلحة يمكن اجمالها فى أربعة : جلب المصالح ، درء المفاسد ، سد الذرائع أى منع الطرق التى تؤدى الى اهمال تطبيق أحكام الشريعة والتحايل عليها ؛ تغير الزمان وهو ما يعبر عنه بالقاعدة الشهيرة « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان » (١) •

ومصالح الناس حسبما قرر الأصوليون تنقسم الى ثلاثة أنواع : ضروريات وحاجيات وتحسينات • ووضع الشارع الأحكام (٢) التى

---

(١) انظر فى تفصيلها : مصطفى الزرقا ، المدخل ، ص ٧٠ وما بعدها .
وقد نقل الاستاذ الزرقا فى كتابه « المدخل » ص ٧٥ عن رسالة ابن عابدين فى نشر العرف ما يلى : « ان كثيرا من الاحكام يبينها المجتهد على ما كان فى زمانه ، فتختلف باختلاف الزمان لتغير عرف اهله ؛ أو لحدوث ضرورة ، او لفساد أهل الزمان ، بحيث لو بنى الحكم على ما كان عليه للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد ، لاجل بقاء النظام على أحسن احكام . ولهذا ترى فقهاء المذاهب خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ما كان فى زمنه لعلمهم بانه لو كان فى زمنهم لقال بما قالوا به اخذا من قواعد مذهبه » .
(٢) الضروريات يقصد بها الأمور التى تتوقف عليها الحياة الانسانية بحيث اذا فقد بعضها اختل نظام الحياة . وهذه الأمور هى : الدين ، النفس ، العقل ، النسل ، المال ، فشرعت العبادات وشرعت العقوبات =

تكفل مراعاة هذه المصالح الثلاث ، بل وأضاف الى هذه الأحكام مجموعة أخرى مكملة لها وهى تستهدف المقاصد العامة سالفة الذكر . وقد رتبت هذه المقاصد وما شرع لها من أحكام — كما سبق القول — على أساس أن الضروريات تأتى فى المرتبة الأولى ثم تليها الحاجيات ثم تليها التحسينات .

وترتب على ذلك أن كل مصلحة تختلف درجة طلبها قوة وضعفا تبعا لقوة وضعفه ما تحققه من مقاصد بحسب موقعها من الأقسام الثلاثة سالفة الذكر ؛ ويتدرج الحكم من الوجوب الى الندب الى الاباحة . وكل فعل ينافى مقصدا من المقاصد الثلاثة يعتبر مفسدة ينهى عنها الشارع ؛ وتتوقف درجة المنع على نوع المقصد الشرعى الذى تخل به ، ويتدرج الحكم من التحريم الى الكراهة . ومن المعروف أن كل فعل من أفعال الناس يتضمن تحقيق مصلحة أو وقوع مفسدة ؛ أى يحقق نفعا أو يجلب ضررا ، واعتبار الفعل مشروعا أو ممنوعا يتوقف على رجحان نفعه أو رجحان ضرره ، وتقدير ذلك متروك للشارع وليس

== وغيرها لحفظ هذه الأمور فضلا عن الأحكام المكملة لها . والعقوبات عبارة عن الحدود الست المعروفة التى تكفل حفظ الأمور الخمسة سالفة الذكر (القصاص ؛ شرب الخمر ؛ الزنا ، القذف بالزنا ، السرقة ؛ قطع الطريق أو الحرابة) والتعزيرات . فمثلا حرم الزنا حفظا للنسل والعرض وحرم النظر والخلوة بأجنبية تكملة لهذا التحريم . أما الحاجيات فلا تتوقف عليها صيانة الأمور الخمسة السالفة الذكر بل يحتاج اليها الناس لرفع الحرج عنهم والتيسير عليهم ؛ مثل اباحة البيع لحاجة الناس اليه ، وشرع ما يكمل هذا الحكم فنهى عن بيع المعدوم منعا للخصومات والمنازعات . ولما كان المنع المطلق يوقع الناس فى حرج اباح بعض العقود التى ترد على معدوم مثل الايجار والسلم والاستصناع . أما التحسينات أو الكماليات وهى الأعمال التى لا يترتب على فقدها فوات أمر ضرورى أو امر حاجى وانما هى أمور تقضى بها مكارم الأخلاق ومحاسن العادات والوصول بالناس الى السير على أرقى منهاج فى حياتهم . مثل تحريم الغرر والغش فى البيع . انظر فى تفصيل ذلك : الشاطبى ، الموافقات ؛ ج ٢ ؛ ص ٣ وما بعدها ؛ الغزالى ، المستصفى ، ج ١ ص ٢٨٦ وما بعدها ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، الطبعة السادسة ، ١٩٥٤ ؛ ص ٢٣١ وما بعدها ؛ أبو زهرة ، أصول الفقه ؛ ص ٣٥٠ وما بعدها ؛ محمد زكريا البرديسى ؛ اصول الفقه ؛ ١٩٦٩ ؛ ص ٤٤٠ وما بعدها ؛ مصطفى الزرقا ؛ المدخل ؛ ص ٦٣ وما بعدها . عبد المنعم فرج الصدة ؛ نظرية القاعدة القانونية . ١٩٦٩ ؛ ص ٩ وما بعدها ؛ كتابنا . مبادىء تاريخ القانون ؛ القاهرة . ١٩٦٧ ؛ ص ٢٣٥ .

لأهواء الناس ، ومقياس الفساد والصلاح يستفاد من قواعد الشريعة ومقاصدها .

شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع نصوص الشريعة : يجب أن نفرق بين النصوص تبعا لدرجة ثبوتها ونوع دلالتها على النحو الآتى :

١ — فاذا كان النص قطعيا فى ثبوته وفى دلالته : فلا يتصور وجود تعارض بينه وبين المصلحة لأن الأصل — كما سبق القول — فى تقدير المصلحة هو نظر الشارع وحده . وبهذا النص القطعى قد أفصح الشارع عن مراده بطريقة لا تقبل الشك فاذا توهم البعض وجود مصلحة تتعارض مع النص فان هذه المصلحة تعتبر مصلحة ملغاة . ولا خلاف بين العلماء فى أنه لا ينبى عليها تشريع ولا يسوغ أن يقصد تحقيقها بحكم من الأحكام (١) . ولايجوز ترك النص القطعى الا لضرورة ملجئة .

٢ — ومن المتفق عليه بين الجميع أنه اذا كان النص ظنى الثبوت مثل أحاديث الآحاد ساغ الاجتهاد لبحث سند الحديث وطريق وصوله الينا ودرجة رواته من العدالة والضبط ... الخ ، وقد ينتهى البعض الى الاطمئنان الى هذا الحديث فيأخذ به وقد ينتهى الأمر بالبعض الآخر الى عدم الثقة برواته فيرفض الأخذ به . والاجتهاد فى نص غير قطعى الثبوت مسلم سواء كانت دلالة النص قطعية أم غير قطعية (٢) .

٣ — أما ان كان النص غير قطعى الدلالة فان الرأى بين الفقهاء انقسم الى شعبتين ؛ وبطبيعة الحال فان الدلالة الظنية تنصرف الى النص العام وحده .

---

(١) انظر : عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامى مرنة ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٤٥ ، ص ٢٧٠ ؛ الزرقا ، المدخل ، ص ٩٨ ، البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٤٥٩ . ومن أمثلة هذه الحالات : توهم وجود مصلحة فى مساواة الانثى بالذكر فى الارث على خلاف الاية « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » ومثل اشتراط مضى العدة بالنسبة للمرأة بعد انحلال الزواج وعند التأيم (وفاة الزوج) وامتداد عدة الحامل حتى وضع الحمل . فلا يجوز اهمال العدة ولا انقاص مدتها اذا أرادت المرأة عقد زواج جديد مهما توهم البعض من قيام مصلحة المرأة فى عقد زواج جديد قبل انقضاء العدة . ومن أمثلة ذلك أيضا عدد الجلدات فى جريمة الزنا لقوله تعالى « والزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة » .

(٢) أنظر : البرديسى : اصول الفقه : ص ٤٦٠ .

ذهب الشافعية ومن نحا نحوهم من الرافضين بالأخذ بنظريتي الاستحسان والمصالح المرسلة الى عدم جواز تخصيص النص ، ولو كان غير قطعي الدلالة ، بالمصلحة لأنهم يرفضون التسليم بالمصلحة كأصل التشريع حتى عند عدم وجود النص . غير أنهم يصلون الى ذات النتيجة التي يصل اليها من يأخذ بالمصلحة المرسلة كأساس للتشريع ويخصصون بها النص ، ولكن عن طريق أصل آخر هو تحكيم قاعدة الضرورات تبيح المحظورات (١) .

وذهب الحنابلة (٢) الى عدم جواز تخصيص النص رغم أنهم يأخذون بنظرية المصالح المرسلة ، وحجتهم فى ذلك أنه لا محل للنظر الى المصلحة الا عند فقدان النص ولا مجال للنظر اليها عند وجوده فدلالة النص وعمومه مقدمان على النظر الى المصلحة .

وذهب المالكية ، وقد اشتهروا بالاعتماد على المصالح المرسلة الى أن المصلحة تخصص النص غير القطعي ومنها كل النصوص العامة . ومن تطبيقات ذلك تخصيص قوله تعالى (سورة البقرة : ٢٣٣) « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة » . فقد جرى العرف على أن المرأة رفيعة القدر لا يلزمها ارضاع ولدها ان كان يقبل ثدى غيرها . والمصلحة المقصودة هنا هى رعاية العرف (٣) . ومن أمثلة ذلك أيضا تخصيص الحديث النبوى « البينة على من ادعى

---

(١) وقد ذكر الغزالى فى المستصفى مثالا لذلك فقال « كفار تترسوا بجماعة من أسرى المسلمين ولو رمينا الترس لقتلنا معصوما لم يذنب ذنبا وهذا لا عهد به فى الشرع . ولو كففنا لسلطنا الكفار على جميع المسلمين فيقتلونهم ثم يقتلون الأسرى أيضا ، فيجوز ان نرمى الترس حفظا لسائر المسلمين . وقتل من لم يذنب لم يشهد له أصل معين . وقد دعى الى هذا مصلحة تؤخذ بطريق القياس على أصل معين . أما ان كان مناسبا لمصلحة الضرورة فيها ليست بكلية فلا يجوز الحكم على أساس المصالح المرسلة من غير ان يعضدها أصل آخر ، فمثلا اذا تترس الأعداء داخل قلعة بمسلم فلا يحل رمى الترس اذ لا ضرورة الى فتح القلعة » . وترك النص حتى ولو كان قطعيا نزولا على حكم ضرورة ملجئة محل اتفاق بين الفقهاء .

انظر : الزرقا ، المدخل ، ص ٩٠ و ١٠٠ ، سلام مدكور ، الفقه الاسلامى المدخل ، ص ٥١ . أحمد أمين ، ضحى الاسلام ، ج ٢ . ص ١٥٧ .

(٣) أبو زهرة ، مالك ، ص ٣٠٣ .

انظر البرديسى ، أصول الفقه ، ص ٣٠٤ .

واليمين على من أنكر » فان المصلحة تقتضى عدم تحليف المدعى عليه الا اذا كان بينه وبين المدعى خلطة حتى لا يسىء السفهاء استغلال هذا الحق ويكيدون لغيرهم برفع دعاوى أمام القضاء (١) .

ويوجد فى المذهب الحنفى عدة تطبيقات لتخصيص النص بالمصلحة ، وان كان يأخذ عندهم اسم الاستحسان . منها تخصيص الحديث الذى يوجب رؤية العيان فى الشهادة ، فأباحوا قبول شهادة التسامع فى اثبات بعض الحقوق اذا اقتضت المصلحة فيها ذلك مثل اثبات أصل الوقف صيانة للأوقاف القديمة من الضياع وأجازوها فى اثبات النسب والوفاة والدخول بالزوجة ... الخ . وكذلك تخصيص الحديث الذى نهى عن بيع الانسان ما ليس عنده فأباحوا بيع الثمار المتلاحقة بعد بدو صلاحها . وكذلك تخصيص نصوص القرآن التى توجب أن يكون الشهود من الرجال وحدهم أو من الرجال والنساء معا ، فأباحوا قبول شهادة النساء وحدهن فيما لا يطلع عليه سوى النساء مثل الجرائم التى تقع فى الحمامات الخاصة بالنساء ، شهادة القابلة على واقعة الولادة وتعيين المولود عند النزاع فيه (٢) .

اثر نظرية المصالح المرسلة فى تطور الفقه الاسلامى : كانت المصلحة المرسلة مصدرا خصبا للفقه الاسلامى ، وخاصة عند المالكية ، وكانت أداة فعالة من أدوات تطوره . ومن أبرز تطبيقاتها :

١ ـ تخصيص النصوص : اعتمد المالكية على نظرية المصلحة فى تخصيص بعض النصوص . وقد سبق أن رأينا أمثلة عديدة لذلك .

٢ ـ فهم النصوص وتفسيرها : وضع المالكية المصلحة نصب أعينهم فى فهم النصوص وتفسيرها (٣) . ومن أمثلة الاعتماد عليها فى تفسير النصوص وفهمها : منع عمر اعطاء المؤلفة قلوبهم سهما فى الزكاة رغم الأمر بذلك فى القرآن ، كما أوقف تنفيذ عقوبة السرقة فى عام المجاعة ،

---

(١) انظر الزرقا : المدخل ، ص ١٠٢ .
(٢) انظر الزرقا : المدخل ، ص ١٠٣ ــ ١٠٧ .
(٣) انظر فى هذه الأمثلة وغيرها : الاعتصام للشاطبى ، جـ ٢ ، ص ٩٩ وما بعدها ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ١٩٢ ــ ١٩٥ ، الزرقا ، المدخل : ٨٠ ــ ٨٧ .

وأبقى أرض العراق وغيرها من الأرض المفتوحة فى أيدى أصحابها وفرض الخراج عليها بدلا من توزيعها على الفاتحين كما جرب بذلك السنة من قبل . وكان الأساس فى كل الأمثلة السابقة فهم علة الحكم فى ضوء مصلحة المسلمين .

٣ — **أحكام جديدة :** اعتمد المالكية على المصلحة فى تقرير أحكام جديدة لمواجهة التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، وردوا هذه الأحكام الى المصلحة باعتبارها مصدرا مستقلا ومن أمثلة ذلك : نظام الحكم عن طريق الخلافة ، تنظيم مرافق الدولة وانشاء الدواوين وتنظيمها . تنظيم القضاء بتحديد درجاته أو تخصيص القاضى لنوع معين من القضايا ، توثيق العقود ، الحكم بانحلال الزواج بين المفقود وزوجته .. الخ .

وفى ذلك يقول المالكية تعبيرهم المشهور : « فحيث تكون المصلحة العامة للمسلمين يكون شرع الله . وما يراه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن .. » .

٤ — **تغيير الأحكام :** سبق أن أوضحنا أن تغير الزمان كان أحد العوامل التى دفعت المجتهدين الى تغيير الأحكام ، وبالنظر لما يؤدى اليه من تغيير فى مصالح الناس . وسنخص قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان بشىء من التفصيل .

مضمون قاعدة تغير الأحكام بتغير الزمان : من المتفق عليه أن جميع الأحكام الاجتهادية التى بنيت على المصالح تتبدل بتبدلها لأن الأحكام تدور مع علتها وجودا وعدما . ومن المسلم أن تبدل الأحكام بتبدل الزمان يقتصر على الأحكام الاجتهادية سواء بنيت على القياس أو المصلحة المرسلة أو العرف ولكنها لا تنطبق على الأحكام الأساسية التى تضمنها الشريعة بنصوص آمرة قطعية الدلالة والثبوت وما قررته من أصول عامة مثل الوفاء بالعهد ، ضمان الضرر ، حماية الحقوق .. الخ . فهذه الأحكام تقررت لجلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، وهى أهداف لا تتغير ولا تتبدل لأن المقاصد العامة للشريعة التى يهدف اليها الشارع فى أحكامه — وهى كفالة ضروريات الناس وحاجياتهم وتحسيناتهم — لا تتغير . وفهم هذه المقاصد من الأمور اللازمة لفهم النصوص الشرعية وتطبيقها على الوقائع المتجددة ، واستنباط الحكم

فيما لا نص فيه . غير أن الوسائل ، التى توصل الى تحقيق هذه المقاصد ، قد تفى بالوصول الى تحقيق هذه المقاصد فى زمن معين أو مكان معين وقد تقصر عن بلوغ تلك الغاية فى زمن آخر ومكان آخر . ومن هنا وجب تغيير هذه الوسائل بما يحقق تلك المقاصد ، فتعدل الأحكام .

وأهم عوامل تغير الزمان فساد الأخلاق وضعف الوازع الدينى . وقد عبر عنها الفقهاء بتعبير فساد الزمان . وقد يكون التغيير راجعا الى تطور ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية أو السياسية ... الخ وتغير أعرافهم وقد عبر الفقهاء عن ذلك بتغير الزمان . وهذا التغير ، فى الحالتين ، يقتضى تعديل الأحكام الاجتهادية الفقهية لتتلاءم مع الأوضاع الجديدة .

ومبدأ تغير الأحكام الاجتهادية بتغير الزمان من المبادىء المسلمة فى الفقه الاسلامى طيلة عصور تطوره . ففى عهد الخلفاء الراشدين تغيرت بعض الأحكام نتيجة لتغير الزمان — على ما رأينا (١) : وظل الحال كذلك فى عهد الأئمة مؤسسى المذاهب الاسلامية الكبرى . فالأمام الشافعى غير بعض الأحكام التى استقر عليها رأيه عندما كان فى بغداد بعد أن جاء الى مصر لاختلاف العرف فى البلدين ، بل ان بعض الأحكام التى أخذ بها الامام أبوحنيفه لم يأخذ بها صاحباه لتغير عصرهما عن عصره واختلف رأى الفقهاء المتأخرين عن سابقيهم بسبب تغير الزمان وتغير المصالح على ما سنرى .

وقد أفاض الفقهاء فى ذكر الأمثلة للأحكام لتى تعدلت بسبب تغير الزمان نجتزى منها (٢) :

١ — اعتبار المديونية بدين مستغرق عارضا من عوارض الأهلية : فالأصل أن الديون التى تركب الشخص حتى ولو كانت مستغرقة لماله لا تؤثر فى أهلية تصرفه فى أمواله لأن الديون تتعلق بذمة المدين لا بمال معين . وفى عصور متأخرة فسدت الأخلاق فلجأ بعض المدينين الى تهريب أموالهم بالتصرف فيها كى يمنع الدائنين من التنفيذ عليها ، فافتى الفقهاء المتأخرون من الحنابلة لسد هذه الذريعة بأن المدين بدين

---

(١) انظر ما قبله : ص١٢٦ .

(٢) الزرقا ، المدخل ، ص ٩٢٢ وما بعدها .

مستغرق ؛ ولو كان غير محجور عليه من قبل القاضى ، اذا تصرف تصرفا يؤدى الى تهريب أمواله من وجه الدائنين كالهبة أو الوقف فان تصرفه لا يكون نافذا بل يتوقف على اجازة الدائنين . وهو نفس الرأى الذى أفتى به أبو السعود مفتى الدولة العثمانية (توفى عام ٩٨٢ هـ) فيما بعد ؛ وهو أحد مشاهير فقهاء المذهب الحنفى . وهذا الرأى يؤدى الى نتائج شبيهة بما تؤدى اليه الدعوى البوليسة فى القانون الرومانى والقوانين الحـديثة .

٢ ــ تضمين الغاصب ــ عند الحنفية ــ أجرة المثل فى منافع المـال المغصوب خلافا لما كان عليه الحال من قبل حيث كان الغاصب لا يضمن قيمة هذه المنافع عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط ؛ لأن المنـافع عند الحنفية ليست متقومة فى ذاتهـا بل تتقوم بعقـد مثل الاجارة ؛ والغصب ليس عقدا . وبهذا التعديل الجديد أصبح رأى المذهب الحنفى متفقا مع رأى المذاهب الأخرى الذين اعتبروا منافع الأعيان متقومة فى ذاتها كما الأعيان . وقد أخذت المجلة بهذا الرأى (م ٥٩٦) .

٣ ــ الأصل فى المذهب الحنفى أن الزوجة اذا قبضت معجل مهرها تلتزم بمتابعة زوجها حيث شـاء . ولكن المتـأخرين أفتوا بأنهـا ؛ ولو قبضت معجل مهرها ، لا تجبر على متابعة زوجها الى مكان الا اذا كان وطنا لها وقد جرى فيه عقد الزواج بينهما . وذلك لما لاحظوه من غلبة الجور وانقلاب الأخلاق وتضرر النسـاء من السفر الى بلاد نائية ليس لهن فيهـا أهـل ولا نصير .

٤ ــ كان الأصل فى المذهب الحنفى وغيره أن القاضى يجوز له أن يقضى بعلمه الشخصى فى الوقائع التى تعرض عليه ، ولما غلب الفسـاد بحيث أصبح منصب القضاء يعهد به الى المقربين من الولاة بغض النظر عن كفاءتهم ونزاهتهم أفتى المتأخرون بأنه لا يصح للقـاضى أن يقضى بعلمه الشخصى . ونفس السبب هو الذى دفع أئمة المذاهب الى رفض شهادة الأقارب خلافا لما كان عليه الحـال من قبل .

٥ ــ الأصل فى المذهب الحنفى أن اهلال الهلال لصوم رمضـان لا يثبت الا برؤية جمـع عظيم . ولكن المتـأخرين أفتوا بقبول رؤية شخصـين ولو لم يكن فى السـماء سبب يمنـع الرؤيـة من غيم أو

ضباب ... الخ . وعللوا رأيهم بقعود الناس عن التماس رؤية الهلال .

٦ ـ من أمثلة ذلك أيضا ما سبق أن ذكرناه عن بيع الوفاء ، حقوق الجوار ، تضمين الأجير المشترك ما فى يديه من أموال الغير ... الخ .

المبحث الخـامس

العـرف

المطلب الأول

شروط العـرف

التعريف بالعرف : قام العرف بدور هام فى تطور الفقه الاسلامى ، ولذلك سنخصه بشىء من التفصيل . والعرف لغة هو التتـابع : وهو ينشأ عن العادة وهى ما يستقر فى نفس الشخص من تكرار أمر معين . فاذا تعارف الناس هذه العادة : أى قلدوه فيها وتكررت محاكاتهم له فى مكان معين أو بين طائفة معينة أو أبناء مهنة معينة . صارت هـذه العادة عرفا ، اذا استقر عليها العمل جيلا بعد جيل . فالعرف فى الحقيقة عادة الجماعة . وقد عرف علماء أصول الفقه العادة بأنها « الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية » ، وعرفوا العرف بأنه « عادة جمهور قوم فى قول أو عمل » ، وعرفه الفقهاء بقولهم « ما اعتاده الناس وألفوه وسـاروا عليه فى أمورهم فعلا كان أو قولا دون أن يعارض كتابا أو سنة » (١) ويتضح من هذا التعريف أن العرف العـام يختلف عن الاجماع ذلك أن العرف يتكون من تعارف النـاس عليه على اختـلاف طبقـاتهم ؛ أما الاجماع فيتكون من اتفاق جملة المجتهدين فلا دخل للعـامة به .

انواعـه : لما كانت العادة وليدة الحاجة ، وهـذه تختلف باختلاف البيئة والمكان والزمان ، انقسم العرف الى عام وخاص تبعا لمدى انتشاره بين النـاس سواء من حيث المكان أو من حيث الوسط الاجتماعى .

وكما تجرى عادة الناس فى أعمال معينة فانها قد تجرى على استعمال ألفاظ أو تراكيب لغوية فى معنى معين : ومن هنا كان العرف عرفا عمليا وعرفا لفظيـا أو قوليـا .

---

(١) محمد زكريا البرديسي : أصول الفقه ، ص ٣٢٩ .

وقد تكون العدة قبيحة وقد تكون حسنة فيأتى العرف حسنا أو قبيحا . ولما كانت الشريعة لها مقاصد معينة ، وهى جلب النفع للناس ودفع الضرر عنهم ، كان الشارع هو وحده الذى يحدد معيار النفع والضرر أو الصلاح والفساد ومن ثم فان العرف الصحيح هو ما كان متفقا مع مقاصد الشريعة .

حجيته : يعتبر العرف الصحيح فى الفقه الاسلامى مصدرا للأحكام الشرعية وان كان دوره ومداه يختلف باختلاف المذاهب سواء فى ذلك العرف اللفظى أم العرف العملى وسواء كان العرف عاما أو خاصا كما سنرى عند الكلام عن أثر العرف . واعتبار العرف دليلا مستقلا يستند الى ما ورد فى القرآن الكريم (سورة الحج : ٨٧) « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » : وعدم اعتبار عادات الناس فى ما يصدر من أحكام يوقعهم فى ضيق وحرج . ويستند أيضا الى الحديث المشهور « ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن » . ومن هنا كان للعرف دور هام فى تفسير ألفاظ الأحكام ، انشاء أحكام جديدة ، تعديل الحكم القائم .

منزلته فى الاستدلال : : يعتبر العرف أحد الأدلة التبعية وهو يتساوى معها فى المرتبة ، ولذلك يمكن تغيير الحكم الاجتهادى تبعا للعرف . وقام العرف بدور رئيسى فى تطور الفقه الاسلامى . وفى البداية كان يدخل عن طريق المصادر الأخرى ، السنة والاجماع والقياس ثم أصبح فى العصر العباسى مصدرا مستقلا تبنى عليه الأحكام ، ويدخل فى الاعتبار عند تفسير النصوص فيخصص الحكم العام ويقيد المطلق بل ويترك به القياس .

شرائط اعتبار العرف : اهتم الفقهاء ببحث العرف وبيان شرائطه ، وقد اختلفت هذه الشروط باختلاف الفقهاء حول مدى سلطان العرف . ويمكن اجمال هذه الشروط فيما يأتى :

١ — أن يكون مطردا أو غالبا .

٢ — أن يكون العرف مقارنا أو سابقا .

٣ — أن لا يخالف دليلا أو أصلا من أدلة وأصول الشريعة .

الشرط الاول : اطراد العرف : يقصد باطراد العرف أن يكون جريان العمل به حاصلا فى أكثر الحوادث وغالبا فى معاملاتهم • ويستوى فى ذلك أن يكون العرف خاصا ببلد معين أو أبناء مهنة معينة أو يكون عاما أى منتشرا بين جميع الناس فى سائر البلاد الاسلامية •

الشرط الثانى : كون العرف مقارنا أو سابقا : يقصد بذلك أن يكون العرف الذى يحكم الواقعة موجودا وقت وجودها حتى يصح حملها عليه • وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الطارىء • ويستوى فى ذلك العرف اللفظى والعرف العملى سواء كان عرفا خاصا أم عاما •

١ — ففى العرف اللفظى : جرى الفقهاء والأصوليون على أن معنى لفظ المتكلم يصرف الى المعانى المقصودة بالعرف حين التكلم وان خالفت المعنى الحقيقى لها فى اللغة والمعنى الاصطلاحى لها فى الفقه (١) • وهذا ما قررته مجلة الأحكام العدلية بقولها (م ٤٠) « الحقيقة تترك بدلالة العادة » • وهو ما قرره ابن عابدين فى رسائله (جـ ٢ ، ص ١٣٣) « يحمل كلام الحالف والناذر والموصى والواقف وكل عاقد على لغته وعرفه وان خالف لغة العرب ولغة الشارع » •

وينبنى على ذلك أن ما تعارف عليه العوام من أساليب تفيد معنى العقد أو تعليقه أو تنجيزه أو معنى الاذن أو الأجازة ... الخ يعتبر هو المعنى المقصود ولو خالف المعنى اللغوى فى الفصحى • وبطبيعة الحال يختلف معنى اللفظ فى اللغة العامية من مكان الى آخر فتكون العبرة فى كل مكان بعرف الناس فى التخاطب (٢) • والعبرة فى المعنى العرفى بالمعنى الموجود وقت صدور التصرف القانونى •

وعلى ذلك فالألفاظ التى تصدر عن المتصرف فى التصرفات القانونية : سواء كانت تتم بارادة منفردة (كالوصية) أم بارادتين (العقد) تحمل على المعنى العرفى لهذه الألفاظ الموجودة وقت صدورها • فلو تغير المعنى العرفى لهذه الألفاظ فيما بعد فسرت التصرفات التى تمت فى ظل العرف

---

(١) ذكره الزرقا : المدخل : ص ٨٤٩ : وساق عدة امثلة نذكر منها الالفاظ التى يستعملها الناس للدلالة على الطلاق مثل « على الطلاق » : وعبارة « على الفريضة الشرعية » التى ترد فى حجج الوقف فانها تفسر على المعنى العرفى وهو ان للذكر مثل حظ الأنثيين (ص ٨٤٩ — ٨٥٣) •

(٢) ذكره الزرقا : المدخل : ص ٨٥٣ •

القديم على المعنى القديم . أما التصرفات التى تتم فى ظل المعنى العرفى الجديد فتفسر ألفاظها فى ضوئه . وهذا ما عبر عنه ابن نجيم فى الاشباه والأنظار (جـ ١ ، ص ١٣٣) (١) بقوله « العرف الذى تحمل عليه الألفاظ انما هو المقارن السابق دون المتأخر . ولذلك قالوا لا عبرة بالعرف الطارىء » .

وبالمثل يجب أن تفهم النصوص التشريعية بحسب مدلولها اللغوى والعرفى وقت صدور النص ولا عبرة بتبدل مفاهيم الألفاظ نتيجة لعرف متأخر . ولذلك قال القرافى (٢) « دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة لأن العرف ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ . فكما أن عقد البيع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ، ولا عبرة فى هذا البيع لتبدل العادات بعده فى النقود ، كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها الا ما قارنها من العادات » .

٢ — **والحال كذلك فى الأعراف العملية :** فما يعد عيبا فى المبيع أو ما يعتبر من توابعه ... الخ . يرجع فيه الى العرف الجارى وقت صدور البيع لأن « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » ولا عبرة بما يحدث من تغيير فى العرف فى وقت لاحق . وهذه القاعدة هى ما عبر عنها السرخى فى المبسوط بقوله « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » وهو ما عبرت عنها المجلة (م ٤٠) بقولها « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » .

غير أنه يرد على هذه القاعدة الأخيرة « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » قيد هام هو أن لا يصدر من المتعاقدين تصريح بخلاف العرف، فان صدر هذا التصريح وجب العمل به وترك العرف . وتعليل ذلك أن تطبيق ما يجرى عليه العرف يرجع الى أن سكوت المتعاقدين عن ذكره صراحة انما حدث اعتمادا على العرف الجارى . فحكم العرف هنا هو من قبيل الدلالة فاذا صدر تعبير صريح عن المتعاقدين أوا أحدهما دل ذلك على مقصودهما وبطلت دلالة العرف لأن من القواعد المقررة كما ورد فى المجلة (م١٣) أنه « لا عبرة للدلالة فى مقابل التصريح » . ولذلك قالوا بان « كل ما يثبت بالعرف اذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ، ويمكن الوفاء به صح . فلو شرط المستأجر على الأجير

---

(١) أبو زهرة ؛ مالك ؛ ص ٢٥٠ .
(٢) الزرقا ؛ المدخل ؛ ص ٨٧٣ .

أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك » (١) .

الشرط الثالث : أن لا يخالف العرف دليلا أو أصلا شرعيا (٢) . ذلك أنه مصدر تبعى فهو أدنى مرتبة من الكتاب والسنة والإجماع ، ومن ثم لا يستطيع مخالفتها اعمالا للقاعدة العامة فى النسخ التى تقضى بان الدليل لا ينسخه الا دليل من مرتبته أو أقوى منه . ولذلك يجب أن نفرق بين حالة وجود نص (عام أو خاص) (٣) وبين حالة عدم وجود نص وهى الحالة التى بنى فيها الحكم على الاجتهاد (قياس ، استحسان ، مصالح مرسلة .. الخ) .

١ — عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى خاص : حرم الشارع بعض صور المعاملات التى جرى عليها العرف فى العصر الجاهلى ، وخص هذه التصرفات بنصوص وردت فى خصوصها . ومن أمثلة ذلك تحريم التبنى : تحريم بيع المنابذة والملامسة والقاء الحجر ، تحريم استرقاق المدين ومنع زواج الشغار ... الخ . والقاعدة أنه لا عبرة بمثل هذا العرف ولو كان عاما لأنه يخالف مقاصد الشريعة ونصوصها لأن نهى الشارع عن هذه الأعراف يعتبر دليلا على أنها ضارة للمجتمع ولا تحقق له نفعا ولو تمخضت فى التطبيق العملى عن فائدة محققة لبعض أفراد المجتمع ، لأن ارادة الشارع وحده هى المعيار الذى يحدد ما يجلب النفع للناس وما يدفع عنهم الضرر ، وقد أفصح الشارع عن ارادته بالنهى عن هذه التصرفات ومنعها . وعلى ذلك فلا عبرة بالعرف الذى يخالف نصا خاصا سواء كان عرفا مقارنا أو طارئا .

---

(١) أنظر : الزرقا ، المدخل ، ص ٨٧٥ .

(٢) خصص الأستاذ الزرقا فى كتابه المدخل الفقهى العام لهذا الموضوع بحثا مستفيضا (ص ٨٧٧ — ٩٣٧) اعتمدنا عليه بصفة اساسية .

(٣) فرق علماء الاصول بين دلالة العام ودلالة الخاص . فالعام هو اللفظ الموضوع وضعا واحدا لكثير غير محصور المستغرق لجميع ما يصلح له . أما الخاص فهو اللفظ الذى وضع وضعا واحدا للدلالة على أفراد متعددة محصورة كعشرة او مائة او الف او وضع وضعا خاصا للدلالة على فرد كمحمد ورجل وانسان .

انظر : البرديسى ، اصول الفقه ، ص ٣٩٥ و ٤٠٧ .

ويستثنى من هذه القاعدة حالة ما اذا كان النص نفسه حين صدوره عن الشارع قد بنى على عرف قائم ومعللا به ، فان النص عندئذ يكون عرفيا فيدور حكمه مع العرف ويتبدل بتبدله . وبطبيعة الحال تختلف وجهات النظر فى كون النص الخاص عرفيا أو غير عرفى ، ومن ثم يختلف الرأى فى أثر العرف الطارىء (١) .

٢ — عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى عام : وهى الحالة التى يكون فيها موضوع العرف المخالف عبارة عن بعض مشتملات النص ولم يرد النص خصيصا بشأن هذا البعض .

وهنا تجب التفرقة بين العرف المقارن والعرف الطارىء .

(أ) العرف المقارن يفسر العام ويخصصه : أى العرف القائم عند ورود النص . ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن النص التشريعى العام يفسر فى ضوء العرف اللفظى المقارن له ما لم تقم قرينة عكسية . فاذا

---

(١) ومن أمثلة ذلك الاحكام الربوية ، فقد منع الشارع التفاضل اذا اتحد الجنسان ، مثل قمح بقمح ، وأوجب التساوى بينهما فى الوزن بالنسبة للبعض (الذهب والفضة) وفى الكيل بالنسبة للبعض الآخر (الحنطة والشعير والملح والتمر) . فاذا ما تعارف الناس على التعامل فى هذه الأموال بمعيار آخر غير الكيل أو الوزن ؛ أو تعارفوا على التعامل فيها بالوزن خلافا لما كان متعارفا عليه فى القديم فى التعامل فيها بالكيل فهل يعتد بهذا العرف الجديد فى الوفاء بها أم يجب عليهم التعامل فيها طبقا للمقياس الذى ورد به النص (الكيل أو الوزن) ؟ ذهب جمهور الفقهاء الى أن المقياس الذى يعتد به فى التعامل بهذه الأشياء هو المقياس الذى ورد به النص ولا عبرة بتبدل العرف فى هذا المقياس . وذهب أبو يوسف الى أن العبرة فى المقياس فى هذه الأشياء الربوية وفى غيرها هو المقياس العرفى ومن ثم فهو يتبدل بتبدل العرف (انظر : الزرقا : المدخل : ص ٨٨٤ — ٨٨٦) .

وذهب الأستاذ الزرقا الى تفسير الحديث « فى زواج البكر البالغ اذنها صماتها » ؛ أى أن سكوتها عند استئذان وليها لها فى تزويجها يعتبر اذنا منها وتوكيلا . فهذا الحكم مبنى على ما هو معروف عن الفتاة البكر من الخجل . فاذا ما تبدل العرف — كما هو الحال فى بعض الأوساط الآن — بحيث لا تتحرج الفتاة البكر عن اعلان رأيها فان سكوتها لا يعتبر اذنا وتوكيلا بل يعتبر عمل وليها بتزويجها عملا فضوليا يحتاج الى اجازة منها ليصبح نافذا . لأن سكوتها لا يكفى للدلالة على رضاها واذنها بتزويجها بل يؤخذ هذا السكوت حكم سكوت الثيب ؛ فسكوت الثيب لا يعتبر اذنا بتزويجها بل يحتاج هذا الاذن الى بيان منها حتى يعتبر توكيلا منها ؛ انظر الزرقا : المدخل : ص ٨٨٧ .

كان اللفظ الذى استعمله الشارع أوسع دلالة فى اللغـة من المعنى العرفى له حمل اللفظ على المعنى العرفى لأن العرف اللفظى العام هـو لغة التخاطب فيعتبر المعنى العرفى هو المعنى الحقيقى للفظ ، وذلك ما لم تقم قرينة على أن الشارع أراد بلفظه حدودا أوسع من المعنى العرفى . ومن أمثلة ذلك ألفاظ البيع والايجار .. الخ فهى تحمل على معناها العرفى .

أما ان كان العرف المقارن عرفا عمليا ، أى عرف الناس فى أعمالهم ومعاملاتهم ، فان الحكم يختلف باختلاف المدارس الفقهية .

فذهب الحنفية الى ضرورة التفرقة بين العرف العام والعرف الخاص . وقرروا أن العرف العام ، أى المنتشر فى سائر البلاد ، يعتبر مخصصـا للنص أى يطبق النص على ما سوى الأمر الذى جرى به العرف العـام المقارن للنص . وهذا التخريج ليس فيه تعطيل للنص أو اهماله بل هو اعمال للنص والعرف معا . وذلك تأسيسا على أن وجود هـذا العرف وقت صـدور النص يعتبر قرينة على أن الشـارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف عليه بعموم نصه المعارض له فى الظاهر . ومن أمثلة ذلك عقد الاستصناع ، فالحديث نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم ، فالمنـع يشمل الاستصناع ضمن ما يشمل ، غـير أن العرف جرى بين الناس على الاستصناع لحاجتهم اليه حال حياة الرسول وبعد [illegible] . وقد انعقد اجماع الفقهـاء على صحة عقد الاستصناع فارتقى الاجتهاد هنـا الى مرتبة الاجماع . أما العرف الخـاص ، أى العرف السـائد فى بلد دون آخـر أو بين طائفـة من النـاس كالتجـار أو الصناع .. الخ فلا عبرة به اذا ما عارض نصـا تشريعيا عاما ولو كان مقارنا له تأسيسا على أن انعدام هـذا العرف فى بقية البلدان أو لدى بقية الناس لا يقتضى تخصيص النص لأن التخصيص لا يثبت بالشك .

أما المـالكية فذهب المحققون منهم الى أن العرف العملى يخصص النص العام دون تمييز بين عرف عام وعرف خاص .

والخلاصة أن الفقهاء متفقون على أن لفظ النص العام يحمل على المعنى العرفى المقـارن ، أما بالنسبة للعرف العملى المقـارن فان المالكية

يعتبرونه مخصصا للنص العام سواء كان عرفا عاما أم خاصا أما الحنفية فيسلمون للعرف العام بهذا الدور وينكرونه على العرف الخـاص .

(ب) لا أثر العرف الطـارىء على الحـكم العـام : أى العرف الحادث بعد صدور النص ، والفقهاء متفقون على أن هـذا العرف الطـارىء لا يصلح مخصصا للنص التشريعى ولو كان عرفا عاما تأسيسا على أن مخالفة العرف الطارىء للنص التشريعى يعتبر نسخا للنص بالعرف وهذا غير جائز لأن العرف فى مرتبة أدنى من التشريع والنسخ لا يكون الا بدليل أقوى أو من نفس المرتبة . ولا فرق فى ذلك بين العرف اللفظى والعرف العمـلى .

ويستثنى من ذلك حالتان : ١ ــ اذا كان النص التشريعى نفسـه معللا بالعرف أى مبنيا على عرف قائم عند وروده ، وهنا يتبدل الحكم تبعـا لتبدل العرف ٢ ــ وكذلك حالة ما اذا كان النص معللا بعـلة ينفيها العرف الحادث سواء كانت العلة مصرحا بها أو مستنبطة بطريق الاجتهاد لأن من الأصول المقررة أن الحكم الشرعى يدور مع العـلة وجودا وعدما .

ومن تطبيقات الحالة الاستثنائية الأولى (الحكم المبنى على عرف قائم) الحديث الذى نهى عن بيع وشرط (١) فسره الحنفية فى خصوص عقود المعاوضات على أن الشرط المفسد للعقد هو كل شرط فيه منفعة خارجة عن الحكم الأصلى للعقد وعن ما يلائمه ، غير أنهم استثنوا من ذلك الشرط الذى ورد بجوازه نص شرعى (مثل خيار الشرط) والشرط الذى جرى به العرف ولو كان حادثا . وقد عبر عن ذلك صاحب مرشد الحيران (م٢٢٧) بقوله « الشرط الذى يقتضيه العقد أو يلائمـه ويؤكد موجبه معتبر . فيصح اقتران العقد به . وكذلك يعتبر الشرط

---

(١) تختلف المصطلحات الشرعية عن مصطلحات القانون الوضعى فى خصـوص آثار العقد ؛ وفى مدلول لفظ الشرط ؛ فهـذا اللفظ (شرط condition) يعنى عند القانونيين واقعة غير محققة الوقوع يترتب على تحققهـا وجود الالتزام أو انقضـائه ؛ ويعبر الشرعيـون عن ذلك بتعبير التعليق . أما الشروط بمعنى البنود التى يتفق عليها المتعاقدان وتسمى بالفرنسية clauses فهى المقصـودة عنـد الشرعيين عنـد استعمـال لفظ الشرط .

المتعارف الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجـار وأرباب الصنائع » • وترجع اباحة الشرط الذى جرى به العرف الى أن الحديث الذى نهى عن بيع وشرط قد استثنى الشروط التى جرى بها العرف وقت صدوره ، فاذا ما تبدل الحال وجرى العرف على اباحة شروط أخرى صح ذلك •

ومن تطبيقات الحالة الاستثنائية الثانية (الحكم المعلل بعلة ينفيها العرف الطارىء) • الشرط الزائد الذى يفضى الى منازعة • وتفريعا على ذلك أجازوا بيع الوفاء رغم أنهم كانوا قد أفتوا بفساده قبل أن ينتشر بين الناس • ولم يفرقوا فى ذلك بين العرف العام والعرف الخاص • وقد أسسوا هذا الحكم على أن علة منع الشرط فى البيع هى أن الشروط الزائدة على أصل البيع تفضى الى منازعة ، فاذا ما جرى العرف على بعض هذه الشروط انتفى النزاع لأن العرف يجعل موضوع الشرط معلوما ومألوفا • واعتبار العرف فى مثل هذه الحالات لا يعطل النص بل يتفق مع غرضه وروحه •

والخلاصة : أن العرف الطارىء لا يخصص ولا ينسخ نصا عاما سواء فى ذلك العرف اللفظى والعرف العملى وســواء كان العــرف عاما أم خاصا ، ويستثنى من ذلك النص المبنى على عرف أو المعلل بعلة ينفيها عرف طارىء اذ يجوز للعرف حينئذ أن يخصص النص العام سواء كان عرفا عاما أم خاصـــا •

٣ — **جواز مخالفة العرف لحكم اجتهادى** : ان مخالفة العرف لحكم ناتج عن اجتهاد سواء كان قياسا أو استحسانا أو مصلحة مرسلة • ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن الحكم القياسى (١) يترك للعرف ولو كان عرفا حادثا

(١) ومن امثلة ذلك : لا يعتبر النحل ودود القز من الاموال عند أبى حنيفة ومن ثم لا يجوز بيعها ولكن الامام احمد قرر ماليتها وصحة بيعهـا لجريان العرف على التعامل فيهما . ومن ذلك أيضا ان الأصل العام يقضى بتمكين كل شخص من سماع دعواه . ولكنهم خرجوا على القياس وتركوه فى حالة ما اذا ادعت الزوجة المدخول بها ان زوجها لم يدفع اليها شيئا من معجل مهرها لان العرف مطرد على أن المراة لا تزف الى زوجها الا بعد دفع جزء او كل معجل مهرها . فظاهر الحال يكذب دعواها ومن ثم لا تسمع .

لأن « العرف دليل الحـاجة فهو أقوى من القيـاس فيترجح عليه عند التعـارض » بل قالوا بأن « العرف بمنزلة الاجماع شرعا عنـد عدم النص » (فتح القدير ، جـ ٦ ص ١٥٧) • وترجيح العرف هنـا يعتبر عند الحنفية والمالكية ــ من قبيل الاستحسان • وسلطان العرف لا يقف عند حد القياس النظرى ، أى القياس على حكم أوجبه الشارع لاتحاد العلة بينهما ، بل يمتد الى القياس الذى تبنى علته على العرف فيتبدل الحكم تبعا لتبدل العرف •

وبالمثل يترك الحـكم الثـابت بالاستحسان أو المبنى على المصلحة المرسلة اذا جرى العرف على خلافه لأن الحكم الثـابت بهما لا يستند الى نص بل الى مصلحة تختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة • ومن المسلم أن الأحـكام الاجتهادية التى تحقق مقاصـد الشريعة فى جيل معين أو مكان معين قد لا تحققها فى جيل آخر أو مكان آخر بسبب تغير الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية ، ولذلك جرى الفقهاء المتأخرون على مخـالفة أئمتهم فى بعض ما ذهبوا اليه ، وعللوا ذلك باختـلاف الزمان وفسـاد الأخلاق فظهرت القاعدة الفقهية التى رددتها المجلة (م ٣٩) « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » •

والخلاصة : أن العرف يستطيع تغيير الحكم الاجتهادى سواء كان عرفا مقارنا أم طارئا ، وأحيانا تعلو مرتبته ــ كدليل ــ على الأدلة التبعية الأخرى كالقيـاس والاستحسان والمصـالح المرسـلة •

المطلب الثانى

اثر العرف فى تطور الفقه الاسلامى

قام العرف بدور هام فى تطور الفقه الاسلامى بالرغم من أن هذا الفقه يعتمد على نصوص سماوية وبالرغم من أن العرف يعتبر مصدرا تبعيا • ذلك أن اقتصار الكتاب والسنة على ايراد عدد قليل من القواعد

= ومنها أيضا ان القياس يقضى بأن دفع الدين الى غير الدائن لا ينفذ الا بناء على وكالة من الدائن أو ولاية عليه . والفقهاء تركوا القياس فى حالة البنت البكر البالغ اذا قبض أبوها مهرها فاعتبروا هذا القبض نافذا فى مواجهتهم لجريان العرف بذلك .

انظر فى هذه الأمثلة وغيرها : الزرقاء المدخل ، ص ٩٠٠ وما بعدها .

القانونية وصياغتها فى صورة قواعد عامة كلية فى معظم الحالات أفسح المجال لتطوره عن طريق عدة وسائل منها العرف .

فهو قد مد النصوص والقواعد الفقهية بكثير من أسباب حيويتها وحال بينها وبين الجمود وربطها بتطور المجتمع سـواء كان العرف لفظيا أم عمليا ، وسواء كان عرفا عاما أم خاصا . فهو يقـوم بدور المصدر التفسيرى — اذا استعملنا لغة رجال القانون — فالعرف الذى توافرت شروطه السابق ذكرها قد لعب دورا هاما فى تفسير النصوص الشرعية والقواعد الفقهية وما يجريه الناس من تصرفات قانونية واعتمادا على العرف أمكن تخصيص الحكم العام وتقييد المطلق ويترك به القياس .

ومن ناحية أخرى قام العرف بدور أساسى فى تكوين الفقه الاسلامى كمصدر مادى للأدلة الشرعية الأخرى ، ففى البداية لم يكن مصـدرا مستقلا بل كان يدخل فى المصادر الأخرى . فقد تبنى الكتاب والسنة بعض الأعراف ، وبهذا الاقرار أصبح الكتاب أو السنه هو مصـدر الحكم ودليله . وبعد وفاة الرسول كان يدخل عن طريق الاجمـاع والقياس . وبعد اتساع الدولة وظهور أعراف جديدة كان العرف يدخل عن طريق أحد الأدلة العقلية مثل القياس أو المصالح المرسلة .. الخ كما سبق أن رأينا ، كما أصبح مصدرا ماديا للتشريعات الصـادرة من ولى الأمر . ثم أصبح مصدرا قائما بذاته ودليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام ، منذ العصر العباسى وظهور المذاهب الكبرى ، أى مصدرا رسميا للقاعدة القانونية .

وسنعرض بايجاز لأثر العرف فى تبنى الشريعة لبعض عادات العصر الجاهلى ، ثم أثره فى الفقه الاسلامى حسبما أوردته كتب الفقه وأخيرا أثره من واقع الوثائق .

§ ١ — أثر العرف فى تبنى الشريعة لبعض عادات العصر الجـاهلى

أخذت الشريعة ببعض الأحكام التى سادت قبل الاسلام كما تبنت بعض القواعد الجزئية ذات الأصل السامى . والواقع أنه يوجد تشابه فى المبادىء العامة التى تسود الشرائع السامية التى حكمت العـالم العربى قبل الاسلام (شريعة بابل وآشور ، الشريعة اليهودية ، الشريعة

الفرعونية ، شريعة العرب فى العصر الجاهلى) مع ملاحظة أن القانون البابلى كان يقوم بذات الدور الذى يقوم به قانون نابليون الآن . وهذه النظم والمبادىء تغاير نظيرتها فى الشرائع الآرية (القانون الرومانى ، القانون الأغريقى) . ومن أمثلة النظم التى أقرتها الشريعة :

١ - نظام الملكية : يحكم نظام الملكية فى الشرائع السامية مجموعة مبادىء عامة متشابهة ، منها أن الأرض تعتبر - من الناحية النظرية - ملكا للاله ، ولكنها تسلم بوجود ملكية فردية وملكية أسره وملكية جماعية (١) . ولذلك تتطابق فيها بعض القواعد الجزئية ، مثل نظام الشفعة بسبب الجوار أو القرابة فهو نظام مقرر فى كل من القانون البابلى والقانون اليهودى (٢) . وكان العرب فى العصر الجاهلى يأخذون بنظام الشفعة بسبب الجوار ،وهو ما تأخذ به بعض المذاهب الاسلامية .

٢ - الشخصية القانونية : تعترف كل الشرائع السامية للرقيق بشخصية قانونية مقيدة ، فله ذمة مالية وله أسرة (٣) ، ولذلك تتطابق بعض القواعد الجزئية . من ذلك أن القانون البابلى يسمح بالزواج من الاماء كما أنه يسبغ على الجارية التى يستولدها سيدها حماية قانونية فهى توصف حال حياة السيد بانها أم ولد ولا يجوز لهذا السيد بيعها ، وبعد وفاته تكتسب حريتها هى وأولادها منه بقوة القانون (٤) . وهى قاعدة مطابقة لما هو مقرر فى الفقه الاسلامى .

٣ - نظام الأسرة : تتشابه كثير من المبادىء التى تحكم تنظيم الأسرة فى الشرائع السامية ، منها أن السلطة الأبوية مقررة لصالح الصغير ولذلك تنتهى بوصول الصغير الى سن البلوغ ، فضلا عن تمتعه بالشخصية القانونية . وكذلك الحال بالنسبة للسلطة الزوجية فهى مقررة لصالح الزوجين ولذلك تتمتع المرأة المتزوجة بشخصيتها القانونية كاملة ومن ثم تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة الزوج فضلا عن تمتعها

---

(١) أنظر كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٣٢٣ .

(٢) أنظر فى تفصيل ذلك ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ص ٢٦١ ، ص ٣١٥ .

(٣) أنظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٢ .

(٤) أنظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٤ .

بأهلية أداء كاملة . وتأخذ كل الشرائع السامية بمبدأ تعدد الزوجات والتزام الزوج بدفع مهر لزوجته وحق الطلاق مقرر للزوج دون الزوجة (١) . فلا غرابة اذن أن تتشابه بل وتتطابق بعض القواعد الجزئية فى هذه الشرائع ومنها التقاليد التى سادت لدى العرب فى العصر الجاهلى ، وقد أقرت الشريعة بعض هذه القواعد منها :

يفرق القانون البابلى (٢) بصدد ولاية تزويج المرأة بين البكر والثيب ، فولاية الاجبار تقتصر على البكر أما الثيب فهى تعقد زواجها بمفردها ولا ولاية لأحد عليها فى هذا الشأن . والفقهاء المسلمون مختلفون حول تفسير حديث الرسول عليه الصلاة والسلام الذى يقول « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها » (٣) .

وقد فسره الشافعية تفسيرا مشابها للرأى الذى كان سائدا فى القانون البابلى .

يقضى القانون البابلى بسقوط مهر الزوجة اذا حدثت فرقة بين الزوجين بسبب من جهة الزوجة قبل الدخول بها (٤) ، ونجد قاعدة مماثلة فى الفقه الاسلامى (٥) .

يقرر القانون البابلى أن الأصل فى الطلاق أن يكون بارادة الرجل المنفردة ولكنه جعل للزوجة الحق فى أن تفتدى نفسها للطلاق من الزوج وذلك بالاتفاق معه على عوض له نظير الطلاق ، وهذا العوض يكون عادة مبلغ من المال (٦) . وهذا النظام شبيه بنظام الخلع المعروف فى الفقه الاسلامى (٧) .

---

(١) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٣٢٢ .

(٢) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٧ .

(٣) انظر : محمد سلام مدكور ، أحكام الأسرة فى الاسلام ، القاهرة ، ١٩٦٩ ، ج ١ ، ص ١٩٩ — ٢٠٠ .

(٤) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٤٩ .

(٥) انظر : سلام مدكور ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ج ١ ، ص ٢٧٦ .

(٦) انظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٣ .

(٧) انظر فى الخلع ، سلام مدكور . المرجع السابق الاشارة اليه ، ج ٢ ، ص ١١٩ وما بعدها .

يعاقب القانون البابلى زنا الزوجة بالاعدام شنقا فى حالة التلبس . أما اذا اقتصر الأمر على ترديد شائعات عن سلوك الزوجة ابتليت بالقائها فى النهر فان نجت كان ذلك دليلا على عفتها . ولكن قانون بابل وضع نظاما خاصا بالحالة التى يتهم فيها الزوج زوجته بالزنا مع عجزه عن اثبات هذا الاتهام ، فان القانون يبيح للزوجة أن تبرىء نفسها باليمين(١). وتوجد بعض أوجه شبه بين هذا النظام ونظام اللعان المقرر فى الفقه الاسلامى تطبيقا لقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين » . وعلى ذلك فانكار الزوجة مصحوبا باليمين بالصورة السابقة يدرأ عنها حد الزنا ، وبعد تمام اللعان يجب التفرقة بين الزوجين (٢) .

§ ٢ — اثر العرف حسبما أوردته كتب الفقه

يظهر ذلك فى كتب الفقه فى عدة موضوعات منها :

١ — **مضمون العقود والالتزامات** : قام العرف بدور أساسى فى تحديد مضمون التصرف القانوني والتزامات الطرفين وكيفية تنفيذها وتحديد آثار التصرف القانوني وحرية المتعاقدين فى اضافة شروط للعقد . ومن أمثلة ذلك (٣) ما ورد فى كتب الفقه من أن نفقة الزوجة تجب على زوجها وتحدد بالقدر المتعارف بين أمثالها وبحسب حالهما من الغنى والفقر (مرشد الحيران : م١٧٣ و١٨١ و١٨٤) . فمستوى المعيشة ونوعها يحدده العرف . وتعيين نوع المنفعة المقصودة من الايجار يحدده الطرفان وكذلك كيفية الاستعمال ، فان لم ينصا على ذلك حدده العرف : ففى استئجار الحانوت ينص على الغرض الذى استؤجر من

---

(١) أنظر ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ٢٥٤ .

(٢) أنظر فى تفصيل نظام اللعان ، سلام مدكور السابق الاشارة اليه ، جـ ٢ ، ص ١٦٧ .

(٣) انظر : الزرقا ، المدخل ص ٨٥٣ — ٨٦٦ ، على أحمد الشاذلى ، الشروط فى العقد ، رسالة دكتوراه بجامعة الأزهر ، ١٩٦٨ ، ص ١٥٦ وما بعدها .

أجله وكيفية استعمـــاله فان لم ينص على ذلك يتبع العرف ، وهـــو يقضى بعدم جواز أن يمارس فيه المستأجر ما يوهن البناء أو يضره (المجلة : م ٥٢٧ و٥٢٨) • وفى الأرض الزراعية يمكن تحديد ما يزرع فيها • وفى حقوق الجوار لا يجوز استعمال الحق بصورة تضر بغيره فان فعل وجب عليه تعويض الضرر ، والعرف هو الذى يحدد معيـــار التجاوزوعدمه • والعرف هو الذى يحدد المعيار المعتاد لمسلك المتعاقد فى تنفيذ التزاماته فاذا تجاوزه يعتبر مقصرا ، فهو الذى يحدد كيفية استعمال العين المستعارة أو حفظ العين المودعة • والعرف أيضـــا هو الذى يحدد الالتزامات التبعية فى العقود كأجرة السمسار وأجرة الكيل أو الوزن •• الخ فى حالة السكوت عنها (المجلة ٢٨٨ — ٢٩٢) • والعرف هو الذى يحدد ما يدخل فى المبيع بالتبعية دون حاجة لذكره فى العقد ويستحقه المشترى بدون ثمن اضافى كمفاتيح الدار المبيعة • والمعيار العرفى فى جميع هذه الحالات مقدم على المعيار الفقهى •

٢ ـ شروط العقد : يلعب العرف دورا هـــاما فى نظرية الشروط المقترنة بالعقد • فمن المسلم أن للمتعاقدين أن يتفقا على تضمين العقد ما يرتضيـــاه من الشروط التى فيها مصـــلحة العقد أى الشروط التى لا يقتضيها العقد ولكنها لا تنافى مقتضاه بل تؤكده وتوثق موجب العقد (١) • وقد عبرت عن ذلك مجلة الأحكام العدلية بقولها (المادة

---

(١) تختلف المصطلحات فى خصوص آثار العقد . فالقانون الوضعى يقسم هذه الآثار الى ثلاثة انواع : ضرورية (جوهرية) ، طبيعية ، عرضية والآثار الضرورية حددها القانون ولا يتصور وجود العقد بدونها مثل نقل الملكية فى البيع ، ولذلك لا يصح الاتفاق على عكسها . والآثار الطبيعية تتولد عن العقد لتحقيق آثاره الضرورية وهى تتولد عن العقد بقوة القـــانون ما لم يتفق العاقدان على استبعادها ، مثل ضمان الاستحقاق . أما الآثار العرضية ، مثل كفالة الالتزام برهن ، فهى لاتنشأ الا اذا اتفق المتعاقدان على وجودها .

أما فقهاء الشريعة فيقسـمون آثار العقد الى نوعين : حكم العقد وحقوق العقد ، ويقصد بحكم العقد الغرض المقصود من العقد مثل ملكية المبيع فى عقد البيع . والشارع هو الذى يحدد هذا الغرض ولذلك لايجوز الاتفاق على استبعادها . وهى شبيهة بالآثار الجوهرية فى القانون الوضعى . أما حقوق العقد فهى الالتزامات التى تتولد عن العقد بقصد تحقيق حكم العقد مثـــل تسليم المبيع ودفع الثمن وكفالة الثمن ... الخ . وقد تكون هذه الالتزامات من مقتضيات العقد ، وتسمى مقتضى العقد (أو موجب العقد) مثل تسليم

١٨٧) : « البيع بشرط يؤيد العقد صحيح والشرط أيضا معتبر . مثال لو باع بشرط أن يرهن المشترى شيئا معلوما أو أن يكفل له بالثمن هذا الرجل صح البيع ويكون الشرط معتبرا حتى اذا لم يف المشترى بالشرط فللبائع فسخ العقد لأن هذا الشرط مؤيد للتسليم الذى هو مقتضى العقد » . وهذه الشروط التى فيها مصلحة العقد صحيحة والعقد المقترن بها صحيح ، وهذا الرأى محل اتفاق بين جمهور الفقهاء. ومن المتفق عليه أيضا بينهم أن هذه الشروط لا تجب الا بالنص عليها : فعند السكوت عن ذكرها لا تجب فى حق المتعاقدين (١) ، وهى تدخل فيما يسمى بالآثار العرضية للعقد فى لغة رجال القانون . ويقوم العرف هنا بدور هام فى تفصيلات مثل هذه الشروط ، وهى تتطور وتتعدل تبعا للمكان والزمان .

ومن الشروط الصحيحة المقترنة بالعقد الشرط الذى ثبت بالنص وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه . ورغم أن هذا الشرط جاء على خلاف القياس الا أن صحته ترجع الى ورود نص شرعى بجوازه ، وصحة هذه الشروط محل اتفاق بين المدارس الفقهية المختلفة مثل شرط الخيار وشرط الأجل . والشرط الأول مضمونه الاتفاق على جواز فسخ العقد خلال مدة معينة ، وهو ثابت بالحديث « اذا ابتعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام » وشرط الأجل ثابت بالآية القرآنية ،(سورة البقرة : ٢٨٢ « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » . وهذه الشروط لا تثبت الا بالنص عليها فى العقد ، وهى تدخل فى الآثار العرضية للعقد فى لغة القانون الحديث . ويقوم العرف هنا بدور فعال فى اعتياد الناس على النص على البيع بأجل أو النص على استبعاد شرط الخيار أو الأخذ به .

= المبيع ، وهى شبيهة بالآثار الطبيعية فى لغة القانون ، ولذلك فهى تتولد تلقائيا عن العقد . أما الالتزامات التى تؤكد مقتضى العقد (أو موجب العقد ، فلا تنشأ الا بالنص عليها مثل كفالة الثمن ، وتسمى عند الشرعيين الشروط المؤكدة او المؤيدة لمقتضى العقد ، وهى شبيهة بالآثار العرضية فى لغة القانون الوضعى ، ويدخل فيها الشروط التى فيها منفعة لأحد العاقدين .

(١) انظر فى تفصيل الآراء المختلفة : الشاذلى ، الشروط فى العقد ، ص ٣٩٠ — ٤٠٤ .

وبالاضافة الى تلك الشروط انفرد الحنفية ببناء نظرية مضمونها صحة الشروط التى يتعارفها الناس . فقالوا بصحة الشرط المتعارف ، وهو الشرط الذى تعامل الناس به، وان كان لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولكن فيه منفعة لأحد المتعاقدين . وقد عبر عن ذلك صاحب مرشد الحيران بقوله (المادة ٢٢٧) « الشرط الذى يقتضيه العقد أو يلائمه ويؤكد موجبه جائز معتبر فيصح اقتران العقد به . وكذلك يعتبر الشرط المتعارف الذى جرت به عادة البلد وتقرر فى المعاملات بين التجار وأرباب الصنائع » . وقد أورد فقهاء المذهب الحنفى عدة صور(١) لما جرى به العرف فى زمانهم . وأهمية هذا الموضوع لا ترجع الى ما ساقوه من أمثلة عفا الزمن على أكثرها وفقد معظمها أهميته الاقتصادية ، ولكن أهميتها ترجع الى أنها تجعل للعرف (٢) دورا هاما فى تقرير الأحكام مادام عرفا صحيحا لا يبيح محظورا سواء كان عرفا عاما أم عرفا خاصا . وقد علل فقهاء الحنفية صحة الشروط المتعارف عليها رغم نهى الرسول عليه السلام عن بيع وشرط بقولهم أن « فساد البيع المقترن بالشرط معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة ؛ والعرف ينفى النزاع فكان موافقا لمعنى الحديث » (٣) . وأضافوا أن الشرط المتعارف عليه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين ، والقياس أن كل شرط يكون كذلك يفسد العقد ، غير أنه يصح استحسانا لتعارف الناس على التعامل به . « والتعامل قاض على القياس لأن التعامل اجماع فعلى والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ؛ والعرف يترك به القياس ويخصص به الأثر » .

---

(١) بيع النعل مع شرط التشريك : أى وضع الشراك ، وهو السير ، على النعل (فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢١٥) . اشترى قبقابا ، على أن يسمر له سيرا (فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٢٢١) . اشترى قلنسوة بشرط أن يبطن له البائع من عنده (الفتاوى الهندية ، جـ ٣ ، ص ١٠٣) .

(٢) والدليل على اعتبار العرف الخاص فى هذا المجال ما ورد فى فتح القدير (جـ ٥ ، ص ٢٢١) « ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له) » وفى الدر المختار (جـ ٤ ، ص ١٩٠) « وقلت وتدل عبارة البزازية والخانية وكذا مسألة القبقاب على اعتبار العرف الحادث ، ومقتضى هذا أنه لو حدث عرف فى شرط غير الشرط فى النعل والثوب والقبقاب أن يكون معتبرا ، اذا لم يؤد الى المنازعة » .

(٣) انظر : المراجع الفقهية التى سبق ذكرها فى الصفحة السابقة ، وأيضا الشاذلى ، ص ١٦٤ .

§ ٣ — أثر العرف حسبما جرى عليه العمل من واقع الوثائق

اكتشفت عدة وثائق تحوى بعض التصرفات القانونية التى أبرمها الأفراد ، من أهمهـا أوراق البردى التى اكتشفت فى مصر فى العصر الاسـلامى وقد قام بجمعها العالم النمسـاوى « جروهمان » ونشرها بالانجليزية وقد ترجمت الى اللغة العربية بعنوان أوراق البردى العربية بدار الكتب العربية ، وظهر منها حتى الآن عدة أجزاء ، وقد ظهر الجزء الأول منها عام ١٩٣٤ • وذلك بالاضافة الى الوثائق العربية الأخرى التى نشرت فى مجـموعات أوراق البردى المحفوظة فى مكتبات العالم (برلين ، دار الآثار المصرية ، ميلانو ، المكتبة القومية فى باريس ، كلية استراسبورج ، المكتبة العامة فى هيدلبرج •• الخ •

ومن أشهر وثائق عصر المماليك فى مصر وثائق ديرسـانت كاترين بسيناء وهى تضم ١٠٧٢ وثيقة نشرتها جامعة الاسكندرية •

وهذه الوثائق تعطينـا صـورة حية لدور العرف فى تطور الفقـه الاسلامى • فبعضها يحوى تطبيقات عملية لما ورد فى كتب الفقهـاء وبعضها الآخر يدل على اتجاه العرف فى مصر على الأخذ برأى أو قول فى مذهب معين ، وبعضها الآخر عبارة عن استمرار لأعراف قديمة وجدت فى مصر قبل العصر الاسلامى واستمرت مطبقة بصورة تتفق مع القواعد الاسلامية الأمر الذى اقتضى تحريرها واعادة صياغتها بما يجعلها تتلاءم مع الأصول العامة والمبادىء العامة فى الفقه الاسلامى •

ونجتزىء من ذلك ببعض أمثلة منها :

١ — عقود الزواج : لا توجد قاعدة تضع حدا أقصى للمهر فى الزواج . ولكن توجد قاعدة تضع حد أدنى للمهر يختلف مقـداره باختلاف المذاهب ، وكذلك لا توجد قاعدة لتحديد موعد الوفاء بالمهر • وكل ذلك أمره متروك للعرف فضلا عن أن العرف هو الذى يحـدد الشروط التى تقترن بعقد الزواج سواء من حيث مضمونها أم من حيث صحتها وفسادها داخل الاطار العام الذى وضعه الفقهاء لصحة وفساد الشروط المقترنة بالعقد •

ويبين من أوراق البردى المختلفة أن مقدار المهر وأجـله تختلف اختلافا بينا بحسب حالة الأشخاص والعصور ، وأقل مهر ذكر فى هذه

الوثائق هو دينار واحد وأقصى مهر بلغ خمسمائة دينـار (١) • وفى بعض الوثائق نجد أن جزءا من المهر يدفع عند الزواج والباقى يقسط على أقساط مختلفة أو متساوية ومدة كل قسط منها عادة سنة واحدة(٢)• ولم نعثر فى جميع الوثائق على أثر للعرف السائد اليوم بتعجيل نصف المهر وتأجيل الباقى الى أقرب الأجلين (الوفاة أو الطلاق) (٣) •

وقد جرت العادة على أن الزوج يحرر لزوجته سندا بما تأخر لها من صداقها ، وتسمى هذه السندات وأشباهها من اقرارات المدينين بحق عليهم للغير فى كتب الفقه وفى الوثائق بـ « ذكر الحق » (مثل ذكر حق بتاريخ صفر عام ٢٣٣هـ) (٤) • وهى صياغة قريبة مما كان يجرى عليه العمل فى مصر وغيرها من البلاد العربية قبل الاسلام • وجرت العادة أيضا على تحرير ايصال بسداد كل قسط من أقساط المهر (مثل

---

(١) وتوجد حالة شاذة كان مقدار المهر أربعة دنانير عجل منها دينارا أما الثلاثة الباقية فتدفع فى خمس ليالى متواليات من تاريخ تحرير وثيقة الزواج (العشرة الايام الأخيرة من جمادى الآخرة عام ٤٦١ هـ) • وهذه الوثيقة نصت على أن الزوج استرجع زوجته بعد أن كان قد طلقها طلقة واحدة بعد دخولها بها •

(٢) ومن أمثلة ذلك عقود الزواج المكتوبة على قطع من القماش ترجع الى عهد المماليك • منها عقد زواج مؤرخ فى جمادى الآخره عام ٦٧٧ « .. أصدقها على بركة الله وعونه وحسن توفيقه ويمنه ، جملة مبلغها مـن الدراهم النقرة الجيدة الحايرة بالديار المصرية خمس مائة درهم ، الحال من ذلك ماية درهم ، المؤجل اربع ماية درهم مقسطة لها عليه فى سـلخ كل سنة تمضى من تاريخه من الدراهم النقرة ، اربعون درهما يقوم لها بذلك من غير مطل ولا منع .. » •

• انظر سعاد ماهر ، المرجع السابقة الاشارة اليه ، ص ٥ — ٦ •

(٣) من ذلك عقد زواج احدى اميرات القصر المملوكى مؤرخ رمضان ٧٢٤ جاء « ... يقر انه تزوجها واصدقها على بركة الله تعالى وعـونه وحسن توفيقه من الذهب العين المصرى المثاقيل المسكوك الجيد خمسمائة دينار ، الحال من ذلك مائة دينار واقى ذلك .. أربعمائة دينار ... يقوم بها الزوج المذكور للزوجة المذكورة مقسطة لها عليه الى تقضى عشر حجج من تاريخـه وهو الى عشرين رمضـان سنة أربـع وثـلاثين وسبعمائة » • انظر ، سعاد ماهر ، عقود الزواج على المنسوجات الاثرية ، ص ١٧ — ١٨ •

(٤) أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ١٠٦ •

ايصال صادر من زوجة بقبض معجل صداقها من زوجهـا محرر فى رجب عام ٢٩٩) (١) .

وتردد وثـائق الزواج عدة شروط منها شروط تعتبر من مقتضى العقد : مثـل شرط حسن الصحبة والمعـاشرة والامسـاك بالمعروف أو التسريح بالاحسان ونجد صيغة عن سلامة العقل والبدن تكـاد تكون دارجة فى جميع العقود ومنها عقد الزواج وهى: «الزم ذلك نفسه فى صحة عقله وبدنه وجواز أمره طائع غير مكره ولا مجبر ولا مضطهد» . وترد هذه الصيغة بصيغة المفرد فى حالة الاقرار وبصيغة المثنى فى حالة التعاقد . ونجد صيغة شبيهة بذلك فى العقود التى وجدت فى مصر والعالم العربى قبل الاسلام .

ونجد من بين شروط التعاقد فى الزواج أن الزوجة قد تشترط أن كل امرأة يتزوجها زوجهـا يكون أمر طلاقها (أى الزوجة الثـانية) بيدها (الزوجة الأولى) كيف شاءت . وعند الحنفية فان تفويض أمر الطلاق الى الزوجة أو أجنبى اذا قيد بالمشيئة يعتبر تعليقا للطلاق من الزوج أو من يفوضـه ويكيفونه بأنه تفويض وليس توكيل . ومن ثم لا يجوز الرجوع فيه من الزوج لأنه تمليك . « وصفة هذا التفويض أنه لازم من جانب الزوج حتى لا يملك الرجـوع عنه ولا نهى المـرأة عما جعل اليها ولا فسخ ذلك لأنه ملكها الطلاق ومن ملك غـيره شيئا فقد زالت ولايته من الملك فلا يملك ابطاله بالرجوع والنهى والفسخ» (٢) . أما المذاهب الأخرى فتعتبر هـذا التفويض توكيلا ومن ثم جاز للزوج أن يرجع عن تفويضه . ويثور الخـلاف بين الحنفية حول صيغة هـذا التفويض ، وهل يصدر بعد انعقاد الزواج أم أثناء انعقاده وهل يشترط أن يصدر الايجاب به من الزوجة ، ألم يصح أن يصدر من الزوج (٣) .

---

(١) أوراق البردى العربية جـ ١ ، ص ١١٢ .

(٢) الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٣ ، ص ١٢٢ .

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك : سلام مدكور : احكام الأسرة فى الاسلام ، ١٩٦٩ ، ص ١١٢ وما بعدها .

فالزوجة الأولى مفوضة فى أن تطلق الزوجة الثانية (١) ولها أيضا حق بيع وعتق اماء الزوج (٢) . والزوجة المفوضة فى طلاق الزوجة الأخرى تعتبر هنا أجنبية عن عقد الزواج الثانى الذى قد يعقده الزوج، فالتفويض هنا لأجنبى عن العقد ؛ وهو — عند الحنفية — لازم ولا يجوز الرجوع فيه .

والواقع أن هذا الشرط يعتبر صياغة جديدة فى ظل الفقه الاسلامى لعرف قديم ساد مصر منذ العصر الفرعونى حتى فتح العرب لها . فقد درجت الزوجات المصريات ، تقييدا لحق الزوج فى تعدد الزوجات ، على النص فى عقود الزواج على الزامه بدفع مبلغ كبير من المال اذا تزوج بثانية أو النص على تنازله لها عن كل أمواله اذا تزوج بثانية وهكذا . وهذه الشروط تؤدى من الناحية العملية الى تقييد تعدد الزوجات (٣).

٢ — **البيوع** : تتضمن الوثائق المثبتة لبيوع أرض فضاء أو بناء أو أرض زراعية عدة شروط تستهدف كلها نفاذ البيع وتمامه . وبعض بنود هذه العقود عبارة عن اثبات لتنفيذ مقتضى العقد ، أى تسليم المبيع ودفع الثمن . وتتضمن هذه العقود شروطا تستهدف نفى نقض البيع أو فسخه ، فهى تستبعد خيار الشرط أو خيار الأجل ، وبعضها يقرر أحكاما تعتبر مؤكدة لمقتضى العقد ؛ مثل ضمان الاستحقاق ، عدم ضمان تلف المبيع بعد تسليمه ... الخ ؛ ولكن موثق العقد ضمنها

---

(١) وقطعا لدابر كل الخلاف وازالة لأثر كل شك صاغت وثيقة الزواج (ربيع الأول ٢٥٩) هذا الشرط بعد اثبات الايجاب والقبول على الزواج والمهر ثم ذكرت « وشرط اسماعيل مولى أحمد أن كل امراة يتزوجها على امراته عائشة بنت يوسف تقام تلك المراة بيد عائشة تطلق كيف شاءت من الطلاق » . أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ٧٤ .

(٢) وفى وثيقة بتاريخ (جمادى الآخرة عام ٢٧٩هـ) ورد هذا الشرط بعد اثبات انعقاد الزواج والصداق ثم ذكر « وشرط اسحق بن سرى شروطا أوجبها على نفسها بعد أن عقد عقدة نكاحها .. أو ذمية فأمرها بيد امراته هنيدة بنت أسحق تطلقها عليه ما شاءت من الطلاق جايز عليه ولازم له وكل جارية يتخذها عليها .. يكون بيعها بيد امراته هنيدة أن شاءت عتقت وان شاءت بيعت فعتقها وبيعها جايزة عليه ولازم له » أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ٨٨ — ٨٩ .

(٣) انظر كتابنا ، مبادىء تاريخ القانون ، ١٩٦٧ ، ص ٥٧٩ ، والمراجع الواردة فيه .

العقد دفعا لكل شبهة بطلان قد تثور حول العقد . وكذلك الحال بالنسبة للبنود التى تنفى عن العقد اقترانه بشرط من الشروط المبطلة للعقد (١) . وبعض بنود العقد عبارة عن تحديد لتوابع المبيع ومضمونه ، وقد تأثر الموثقون فى هذه الحالة الأخيرة ببعض الصيغ التى كانت ترددها الوثائق فى العصور السابقة على الاسلام (٢) .

وبعض هذه العقود كان عقودا بين مسيحيين مما يدل على أن الشريعة كانت تطبق على المسلمين والمسيحيين على سواء . ويؤكد هذا أيضا حجج الوقف التى عقدها المسيحيون طبقا للشريعة (٣) .

وقد يرد البيع على عدة أشياء تباع صفقة واحدة (٤) .

---

(١) ومن امثلة ذلك عقد بيع أرض بين اثنين مسيحيين (مؤرخ فى شهر رجب عام ٤٨٨ هـ) « هذا ما أشترى .. صفقة واحدة وعقدا واحدا جميع ما ذكر انه له وملكه بالصيفة المتقدم ذكرها ... فاشترى جميع هذه العرصة بحدها وحدودها وسفلها وعلوها وارضها وسمايها وعراضها وافنيتها وكلما يعرف لها وينسب اليها شرا ثابت صحيحا لا شرط فيه ولا وعد ولا اتوى (يعنى بذلك الهلاك) ولا خيار له ولا وديعة ولا رهينة ولا مقاصة بدين ولا شرط يفسد شرا على شرط بيع الاسلام .. ومتى أدرك .. فى شرايه أو فى شيا منه درك (يعنى استحقاق) علقة أو خصومة من ساير الناس كان قريب أم بعيد شاهد أم غايب طارىء بدين أو مستحق بميراث فنفاذه وفكاكه وخلاصه على ثيدس (البائع) كاين ما كان وبالغ ما بلغ » . انظر أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ١٣٣ .

(٢) عقد بيع منزل بتاريخ شهر رجب عام ٤٠٦هـ حيث نجد « ... جميع هذا المنزل الموصوف فى باطن هذه الحجة بحده وحدوده وعيونه وسبلة وسماية وطوبه وخشبه وأبوابه وحجارته وكل حق له داخل فيه وخارج منه شرا ثابت » .

انظر : أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ١٦٧ .

(٣) من ذلك حجة الوقف المؤرخة صفر ٧٩٦ الصادرة من المعلم سليمان بن بشارة الملكى بحارة الروم السفلى بالقاهرة وجعل الاستحقاق لذريته وبعد انقراضهم للمساكين من النصارى الملكيين المقيمين بدير سانت كاترين بسيناء . انظر فى نص هذه الوثيقة : قاسم عبده قاسم ؛ رسالة دكتوراه كلية آداب القاهرة ، مارس ١٩٧٥ بعنوان « أهل الذمة فى عصر سلاطين المماليك » ؛ ص ٢٥٢ .

(٤) من امثلة ذلك بيع حصة ارث (فى عقد مؤرخ فى شهر شعبان ٤٣٤ هـ) : « ... اشترا منه صفقة واحدة وعقد جميع حصته ارثه من الاسطوان (يعنى المنزل) ونصف السطح مع حصته من الخلا من جميع المنزل الذى له بناحية .. بحدهما وحدودهما وسفلهما وعلوهما وكل حق هولهما داخل فيه أو خارج منه شرا ثابت صحيح لا شرط فيه ولا وعد » أوراق البردى العربية ، جـ ١ ، ص ١٨٣ .

ونجد فى الوثائق التى اكتشفت فى صقلية ابان حكم العرب لهـا [١] صياغة لعقود بيع شبيهة بصياغة الوثائق التى اكتشفت فى مصر .

٣ ــ عقود الايجار : يبين من عقود ايجار الأراضى الزراعية فى مصر سواء كانت ملكا للدولة أم الأفراد (أراضى خراجية) حسبما هو ثابت من أوراق البردى أن الايجار كان يدفع ــ فى معظم الحالات ــ نقدا [٢]، وفى حالات قليلة يدفع المستأجر ايجارا نقديا وايجارا عينيا[٣](أردب قمح مثلا) . وفى بعض الوثائق كان ينص على ما يزرع من الغلات (قمح أو كتان مثلا) [٤] ، وفى بعضها الآخر كان يترك للمستأجر حرية زراعة ما يشاء من غلات [٥] . وكان المستأجر يلتزم بدفع الأجرة على أقساط فى مواعيد دفع ضريبة الأرض ، وفى بعض العقود يلتزم المستأجر بدفـع الضريبة العقارية (الخراج) فضلا عن قيمة الايجار ، وفى بعض العقود يلتزم بدفع قيمة الايجـار فقط [٦] .

وجرت العادة على النص فى عقود الايجـار على استنزال النفقات التى أنفقها المستأجر فى صيانة الأرض (اقامة الجسـور والسـدود وحفر

---

(١) أنظر فى هذه الوثائق :. Cusa. Jdiplomi greci ed arabi di Sicilia, 1982 منها وثيقة بيع باللغة العربية بتاريخ ذى القعدة ٥٣١ ، وأخرى بالعربية بتاريخ شوال ام ٥٥٦ ، وثالثة ترجع الى القرن الثانى عشر الميلادى . وكذلك وثيقة بيع عربية بتاريخ ٥٠٦هـ ، ووثيقة عربية بتاريخ صفر ٥٥٦هـ .

(٢) وردت كثير من هذه الوثائق فى أوراق البردى العروبة ، جـ ٢ ، ص ٣٣ وما بعدها .

(٣) وثيقة عقد ايجار بتاريخ رمضان ١٨٧ هـ ، أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٢٧ . ونجد فى وثائق صقلية عقود ايجار تدفع فيها الاجرة عينا . ومن ذلك وثيقة بالعربية بتاريخ ١١٨٧ م . تنص على أن الكنيسة أجرت ارضا ليبنى عليها المستأجر أصطيلا ومخزنا للتبن مقابل عشرة ارطال زيت ورطلين شمع تدفع كل عام طول حياة المستأجر .

(٤) أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٤٣ ، وثيقة بتاريخ ٢٥٣ هـ « على أن تزرعها كتان وقمح » .

(٥) أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٤٩ وثيقة بتاريخ ٣٤٨ هـ .

(٦) أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٣٠ ــ ٣١ حيث وردت قائمة بانواع ايجار الأراضى الزراعية .

الترع ... الخ) من قيمة الايجار وفق بيان الأسعار المحددة بديوان الخراج . وكذلك النص فى العقود على أن الوفاء بالأجرة وبالضرائب يكون وفقا للوزن المقرر فى بيت المال (١) . كما جرت العادة أيضا على منح المستأجر حق التأجير من الباطن (٢) . وجرى العرف كذلك على أن تأجير الأرض المملوكة للدولة يتم عن طريق المزاد العلنى العام كما كان الحال فى العصر البطلسى ، وفوق ذلك جرت العادة بأن المؤجر ينزل للمستأجر عن بعض قيمة الايجار فى حالة وقوع حوادث طارئة مثل الغرق وفيضان النيل ... الخ . وفى بعض العقود تحدد سلفا قيمة ما يستنزل من الأجرة بسبب هذه الحوادث (٣) . وجرت العادة أيضا على أن المستأجر يلتزم بخراج الأرض التى يبورها وأن ما يزرعه زيادة عن الأرض المؤجرة فانه يلتزم بدفع حسابها .

٤ ــ **الحوالة** : من الأصول المقررة فى الفقه الحنفى جواز حوالة الدين وعدم جواز حوالة الحق اعمالا للحديث الشريف « من أحيل على مدين فليدفع » غير أن تطبيق هذه القاعدة آثار عدة صعوبات من الناحية العملية دفعت الفقهاء الى التحايل عليها ، فأباحوا ؛ عن طريق الحيلة ؛ استعمال حوالة الدين لتحقيق العديد من الأغراض ، منها تحقيق نتائج حوالة الحق . والتطبيق العملى فى مصر يدل على أن العرف قد جرى على استعمال حوالة الدين للوصول الى نتائج حوالة الحق . والرأى مختلف بين الفقهاء الحنفية حول صحة العقد الذى يقترن بشرط الحوالة (حوالة الدين) فقال بعضهم بفساد العقد (٤) . سواء أحال المشترى البائع بالثمن على أحد مدينى المشترى أو شرط على البائع أن يحيل رجلا بالثمن على المشترى . فحق المطالبة بالثمن فى هذه الصورة الثانية أصبح لغير البائع خلافا للصورة الأولى حيث حق المطالبة بالثمن ما زال

---

(١) ورد كثير من هذه الوثائق فى أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٣٣وما بعدها .

(٢) أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٥٧ ، وثيقة بتاريخ ٣١٢ هـ .

(٣) أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ٦٢ ــ ٦٤ حيث وردت عدة وثائق يبين منها أن المؤجر تجاوز عن قدر من ايجاره يساوى ما لحق بالمستأجر من خسائر وفى بعضها الآخر بسبب « نشف ماءها وتنتف حلفاءها وهى فدأن فى أرض فريسى » .

(٤) انظر : الكاسانى ، بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٢ .

فى يد البائع . وقال البعض الآخر بصحة العقد المقترن بشرط الحوالة فى بعض صورها على سبيل الاستحسان « اذا باع بشرط أن يحيل البائع رجلا بالثمن على المشترى فسد البيع أما اذا باع على أن يحيل المشترى البائع على غيره بالثمن فسد قياسا وجاز استحسانا » (١) . وذهب الفريق الثالث الى صحة البيع مع شرط الحوالة مطلقا أى فى الصورتين سالفتى الذكر مثله فى ذلك مثل شرط الكفالة (٢) .

ويشترط الحنفية لصحة الحوالة رضاء كل من الدائن والمدين الجديد دون حاجة للحصول على رضاء المدين القديم ، وفى هذه الحالة لا يستطيع المدين الجديد الذى يفى بالدين الرجوع على المدين القديم الا اذا كان قد قبل الحوالة . أما المذاهب الأخرى فتشترط لصحة الحوالة الحصول على رضاء كل من الدائن والمدين القديم فحسب (٣) .

ونجد فى أوراق البردى العربية المثبتة لاقرار المدين والتى تسمى « ذكر الحق » نصا يكاد يكون دارجا يقضى بأن على المدين أن يفى بالدين لمن يقدم له « ذكر الحق » (الاقرار) ، وبذلك يقبل المدين مقدما الوفاء بين يدى أى شخص يحيل اليه الدائن حقه ، وبذلك تتحقق نتائج حوالة الحق (٤) . وفى وثائق أخرى ينص على أن المدين يفى بالدين لمن يقدم له ذكر الحق وأن المدين يقر لمن يحال عليه الدين (٥) .

---

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ١٠٢ .

(٢) السرخسى ، المبسوط ، ج ١٣ ، ص ١٨ .

(٣) أنظر ، كتابنا ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص ١٧٨ .

(٤) من ذلك وثيقة بتاريخ ٣٨٤ هـ ، حيث أقر المدين بدينه الى دائنيه الاثنين وأقر أيضا بأن يفي بالدين اليهما أو الى من يقوم مقامهما « يدفع ذلك اليهما أو أو الى من يقوم مقامهما ... لا يحتج فى ذلك بحجة على الوجوه والاسباب كلها الا بالخروج » اوراق البردى العربية ، ج ٢ ، ص ١١١ .

(٥) من ذلك « ذكر حق » بتاريخ ٢٧٤ هـ جاء فيه « ومن قام بذكر الحق اقتضاما فيه ان شاء الله ومن احال عليه اقر بحقه » . أنظر ، أوراق البردى العربية ، جـ ٢ ، ص ١١٤ .

وتجد نفس المعنى فى وثيقة مؤرخة عام ٢٣٣ هـ عن مؤخر صداق الزوجة « ... ومن قام بالذكر الحق اقتضاه ومن احالت عليه أقر لها بحقها» انظر ، أوراق البردى العربية ، ج ١ ، ص ١٠٦ .

الفصل الرابع

دور التقليد

حدوده الزمنية وخصائصه : يبدأ هذا الدور بقفل باب الاجتهاد فى أواخر القرن الرابع الهجرى وما زال مستمرا حتى الآن .

ويتميز هذا العصر من الناحية الاجتماعية بسيطرة العناصر غير العربية على الدولة الاسلامية ، ويتميز من الناحية السياسية بتجزئة العالم الاسلامى وتفكك أوصاله حتى القرن العاشر الهجرى (السادس عشر الميلادى) ثم التئام شمله فى ظل الدولة العثمانية مدة ثلاثة قرون عاد بعدها الى التجزئة منذ القرن الثالث عشر الهجرى (التاسع عشر الميلادى) عام ١٩٢٤ . وصاحب كل ذلك جمود الفقه الاسلامى وتفش التعصب المذهبى منذ قفل باب الاجتهاد ، كما خيم التأخر والجمود على حياة العالم الاسلامى سواء فى النواحى الاجتماعية أو الاقتصادية . وبدأت الحضارة الأوروبية والقوانين الأوروبية تزاحم الشريعة الاسلامية والحضارة الاسلامية منذ القرن الثالث عشر الهجرى والتجاء ولى الأمر الى اقتباس ونقل القوانين الأجنبية باسم السياسة الشرعية .

تقسيم : سنقسم هذا الفصل الى ثلاثة مباحث نعرض فى أولها للتطورات الاجتماعية والسياسية وندرس فى المبحث الثانى دور الفقه وتطوره فى ظل قفل باب الاجتهاد ، ونختتم هذا الفصل بمبحث عن التشريعات الصادرة من ولى الأمر .

المبحث الأول
التطورات الاجتماعية والسياسية

تجزئة العالم الاسلامى وتسلط العناصر غير العربية : قامت الدولة الإسلامية ــ كما سبق أن رأينا ــ على أكتاف العرب الذين ظلوا قابضين على زمام الأمور طيلة العصر الأموى ، وظلت الدولة مصبوغة بطابع عربى . وخلفت الدولة العباسية دولة الأمويين وذابت عناصر السكان ــ من فرس وأتراك وروم وزنوج فضلا عن العناصر العربية ــ

فى بعضها ، وامتزجت الحضارات والثقافات ببعضها وانصهرت فى بوتقة واحدة أثمرت الحضارة العربية أو الاسلامية . وبالرغم من قيام الدولة العباسية على أكتاف الفرس وما ترتب على ذلك من مزاحمتهم للعرب فى صدارة المجتمع وشغل بعض المناصب الكبرى مثل الوزارة وقيادة الجيوش الا أن منصب الخلافة ظل للعرب ، كما أن خلفاء بنى العباس الأوائل كانوا حازمين فى وجه امتداد النفوذ الفارسى ، وظل النصر معقودا للدين الاسلامى وللغة العربية .

ولكن الحال تغير تماما منذ أواخر القرن الثالث الهجرى، اذ أصبح العالم الاسلامى مسرحا لصراعات وصلت الى حد الحروب بين العناصر العرقية والحضارية المختلفة فضلا عن الصراعات والعصبيات المذهبية والطائفية . فقد حاولت العناصر غير العربية التسلط على مصير الأمة الاسلامية وبرزت النزعات الشعوبية من مكمنها تتحين الفرصة للانقضاض، وعمل كل عنصر من العناصر على تصدر المجتمع والامساك بزمام أمور الدولة فتراجع دور العرب لحساب الفرس والأتراك ودخل الروم والزنوج فى حلبة الصراع . ولم يبق للخلفاء من السلطة السياسية سوى اسمها ولم يبق لهم من السلطة الدينية سوى بعض وجوهها . وأصبح الطابع السائد فى الدولة الاسلامية هو انتشار امارات الاستيلاء التى تحولت مع الزمن الى دويلات شبه مستقلة عن الخلافة . ومن ناحية ثانية أدت سياسة التسامح الدينى الى اشتداد الخلاف — الذى وصل أحيانا الى حد الصراع — بين أبناء الديانات المختلفة : مسلمين ونصارى ويهود وبقايا الديانات المجوسية والوثنية . وساعد على اذكاء كل الصراعات سالفة الذكر انقسام العرب المسلمين أنفسهم الى شيع وأحزاب يكيد كل منها لغيره ، فالخوارج والشيعة وأهل السنة يكيد كل فريق منهم للاخر ويتربص به ، والعباسيون يحملون على الأمويين ويتعقبونهم فى كل مكان [1] .

وانتهت هذه الصراعات بتفكك عرى الدولة وتقطع أوصالها . فالأمويون ، بعد سقوط دولتهم فى دمشق ، استقلوا بالأندلس (عام ١٣٩ هـ) وأقاموا بها خلافة اسلامية ظلت قائمة قرابة أربعة قرون حتى انقرضت حينما تقاسم ملوك الطوائف الولايات الذين ظلوا يحكمون

---

(١) انظر فى تفصيل هذه الصراعات ، أحمد أمين ، ضحى الاسلام ، جـ ٣ ، ص ١ — ٩٠ .

البلاد حتى سقوط غرناطة آخر معاقل المسلمين عام ١٤٩٢ م . والفاطميون استقلوا بدولة فى شمال أفريقية كانت حاضرتها المهدية بتونس ثم انتقلوا الى مصر وأنشأوا القاهرة، التى أصبحت عاصمة الخلافة الفاطمية التى دامت أكثر من قرنين ونصف (٢٩٧ — ٥٦٧ هـ — ٩٠٩ — ١١٧١ م) وسقطت حينما قام صلاح الدين الأيوبى (٥٦٧ هـ — ١١٧١ م) بخلع آخر الخلفاء الفاطميين وأعاد مصر الى دائرة الخلافة العباسية فى بغداد . وفى المشرق الاسلامى لم يعد للخليفة العباسى سلطة سياسية اذ انتقلت السلطة الفعلية الى عناصر فارسية فى بعض الأقاليم (الدولة السامانية فى بخارى ودولة بنى بويه فى ايران ٣٣٤ — ٤٤٧ هـ) ، كما انتقلت الى عناصر تركية فى أجزاء أخرى أهمها السلاجقة فى آسيا الصغرى وما جاورها والمماليك فى مصر(١) . وانتهى الأمر بسقوط بغداد ذاتها عام ٦٥٦ هـ — ١٢٥٨ م فى أيدى التتار بقيادة هولاكو حفيد جنكيز خان — الذين خربوها وقتلوا آخر خلفاء بنى العباس المستعصم بالله . ولكن الظاهر بيبرس سلطان مصر استدعى أحد أبناء الخلفاء العباسيين وبويع بالخلافة بالقاهرة فقامت الدولة العباسية فى مصر فى كنف المماليك (٦٥٩ — ٩٢٣ هـ — ١٢٦١ — ١٥١٧ م) وظلت قائمة حتى هزيمة المماليك أمام الأتراك العثمانيين فى موقعة مرج دابق (٩٢٢ هـ — ١٥١٦ م) فأصبحت مصر جزءا من الدولة العثمانية منذ عام ٩٢٣ هـ — ١٥١٧ م .

توحيد العالم العربى مع معظم العالم الاسلامى تحت الحكم العثمانى :

هاجرت احدى عشائر الأتراك من بلاد التركستان فى آسيا الوسطى فى عهد جنكيز خان وحطت رحالها فى آسيا الصغرى وأسس رئيسها عثمان بن أرطغرل عام ٦٩٩ هـ — ١٢٩٩ م . امارة صغيرة انتزعها من أرض دولة السلاجقة واليه تنسب الدولة اذ سميت الدولة العثمانية . واعتنقوا الاسلام (مذهب أهل السنة) وتخلوا عن وثنيتهم . ولم يمض قرنان من الزمان الا وبسطت هذه الامارة سلطانها على أجزاء كبيرة فى آسيا وأوروبا الشرقية وأفريقية ، وغدت امبراطورية مترامية الأطراف

---

(١) قامت فى مصر الدولة الطولونية ٢٥٤ — ٢٩٢ هـ ثم الدولة الاخشيدية ٣٢٣ — ٣٥٨ هـ . ثم خضعت للدولة الفاطمية وبعد سقوطها قامت بها الدولة الأيوبية ٥٦٦ — ٦٤٨ هـ . ثم قامت دولة المماليك ٦٤٨ — ٩٢٢ هـ وبسقوطها دخلت مصر فى حوزة الدولة العثمانية .

شملت حدودها الغربية أوروبا الشرقية حتى أسوار النمسا ـ بعد أن تم لهم فتح القسطنطينية عام ٨٥٧ هـ ـ ١٤٥٣ م وقضوا على الدولة البيزنطية ـ وعدة جزر فى البحر الأبيض المتوسط . وامتدت حدودها الشمالية الى شمال البحر الأسود ووصلت حدودها الشرقية حتى أبواب الهند ، ودخلت كل البلاد العربية (الحجاز ، الشام ، العراق ، اليمن ، شمال أفريقية عدا مراكتش ، مصر والسودان) فى حوزتها بعد موقعة مرج دابق بالشام . وبذلك عادت الوحدة السياسية الى العالم العربى فى ظل الحكم العثمانى (١) .

الخليفة : بالرغم من تجزئة الدولة الاسلامية الى امارات ودويلات ظلت الخلافة باقية ولكن أسلوب تعيينه أختلف تبعا لنظام الحكم الذى ساد فى كل دولة من دول الخلافة الثلاث . ففى الخلافة العباسية فى بغداد والخلافة العباسية فى القاهرة كان مبدأ التوارث هو السائد مع بقاء نظام البيعة . وكذلك الحال فى الخلافة الأموية فى الأندلس . أما الخلافة الفاطمية فكان يجرى شغل منصب الخليفة حسب المذهب الشيعى الاسماعيلى أى بطريق التعيين من سلفه دونما بيعة . وظل الخليفة محتفظا بسلطاته السياسية والدينية فى كل من الخلافتين الأموية والفاطمية ، حتى انقراض الأولى وحلول ملوك الطوائف محلها وحتى سقوط الثانية على يد صلاح الدين . أما الخليفة العباسى فقد فقد اختصاصاته السياسية بعد انتقالها الى أمراء وسلاطين الدويلات الاسلامية ، ولم يبق له الا بعض أوجه السلطة الدينية ، بل ان بعض سلاطين هذه الدويلات كان يسك العملة باسمه هو لا باسم الخليفة ويجرى الدعاء على منابر المساجد له وليس للخليفة .

وتغير الحال تماما فى عهد الدولة العثمانية . فقد كانت القوة والغلبة هى أساس سلطتهم واعتبروا البلاد العربية والاسلامية التى فتحوها مملوكة لهم بحق الفتح . وكانت وراثة العرش رهنا بارادة السلطان وكان عادة يختار أحد أبناء آل عثمان الأكفاء ، وفى عهود ضعف الدولة أحيطت وراثة العرش بالدسائس والمؤتمرات فوليه أشخاص ضعاف (٢)

(١) انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ٤٨٧ ـ ٤٩٨ .

(٢) يذكر المؤرخون ان كثيرا من سلاطين آل عثمان كانوا أطفالا

ومع ذلك احتفظ العثمانيون بنظام البيعة لأضفاء الشرعية الشكلية على الحكم . وفي أوائل القرن السابع عشر صدر قانون يقضي بحصر وراثة العرش في أكبر الذكور من آل عثمان (١) . وقد بدأ الضعف والانحطاط يخيم على الدولة منذ القرن السابع عشر نتيجة لعدة عوامل منها استكثار السلاطين من السراري والجواري فكانت أمهات بعض السلاطين منهن(٢)، وكن يتدخلن في ادارة شئون الحكم ، فضلا عن استرسال السلاطين في الرذائل والشهوات (٣) ؛ وترك أمور الدولة لأشخاص أساءوا اختيارهم سواء ممن اهتدوا الى الاسلام لأسباب دنيوية أو من المماليك ولعبيد (٤).

وفي البداية كان رئيس الدولة العثمانية يحمل لقب سلطان ، وهو اللقب الذي منحه الخليفة العباسي لأمير امارة الأتراك وقت نشأتها ،

حينما بويعوا بالسلطة منهم احمد الاول (١٦٠٣) وعثمان الثاني (١٦١٨) ومحمد الرابع (١٦٤٨) .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ٤٩٩ .

(١) كان التنافس على العرش والالتجاء الى قتل الاخوة من الأمراء هو الاسلوب السائد . وقد ساعد على ذلك القانون الذي أصدره محمد الفاتح (١٤٥١ — ١٤٨١ م) والذي يبيح قتل الاخوة الامراء . وفي أواخر القرن السادس عشر صدر قانون خفف من ذلك واستبدل بالقتل نظام سجن الامراء في قفص فخم يوضع في فناء القصر ، ولذلك اسموا أمراء القفص . ووصل الامر بمراد الرابع الى حد قتل ثلاثة عشرا أخا له وعشر نساء حاملات من أبيه .

انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ و ٥٢٨ .

(٢) يذكر الباحثون أن أم سليم الثاني (١٦٨٧) كانت روسية ، وام محمد الثالث (١٥٧٤) كانت من البندقية ، وامهات كل من عثمان الثاني (١٦١٨) ومراد الرابع (١٦٢٣) وابراهيم الاول (١٦٤٠) كن روميات . انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩٩ — ٥٠٠ .

(٣) يذكر المؤرخون أن مصطفى الاول (١٦١٧) كان ابلها مجنونا ، وكان كل من احمد وابراهيم سكيرا متهتكا ، انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٥٠٠ .

(٤) يذكر المؤرخون أن عددا كبيرا ممن وصل الى منصب الصدر الاعظم كانوا من المهتدين حديثا الى الاسلام ومن اصل ايطالي أو مجري وورومي .. الخ . انظر ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢، ص ٥٠٠ .

ومع توسع الامارة وامتداد فتوحاتها فى أوروبا وآسيا حمل لقب «الخنكار» أو «البادساه» ، وهما كلمتان فارسيتان تعنى كل منهما « ملك الملوك » أو « السلطان الأعظم » . وهـذا اللقب هو الذى استعمله الكتاب المسلمون ، مثل ابن اياس فى كتابه بدائع الزهور ، لوصف السلطان العثمانى . وبعد أن تم لهم فتح البلاد العربية وخضوع الحجاز لسلطانهم ظهر لقب « حامى الحرمين الشريفين » كما ظهر لقب « سلطان البرين والبحرين » . ومنـذ ذلك الوقت أصبح لقب « خليفة المسلمين » على رأس ألقاب الدولة العثمانية : وأصبح هو اللقب المستعمل فى الوثائق الرسمية . والواقع أن سلاطين آل عثمان ظلوا جديرين بحمل لقب الخلافة حتى القرن السابع عشر . فقد ساروا على نهج الاسلام فى حكمهم للرعية من مسلمين وغير مسلمين ، وفى سلوكهم الشخصى . ولكن الأحوال تبدلت منذ ذلك التاريخ لأسباب عديدة ذكرنا بعضها فيما سبق ونضيف اليها أن العثمانيين حاولوا تتريك البلاد المفتوحة ، فضلا عن أنهم اعتبروا أنفسهم ورثة الامبراطورية البيزنطية بعد أن اتخـذوا القسطنطينية — وأسموها الآستانة — عاصمة لهم فأخذوا بعاداتهم ومصطلحاتهم وتشبهوا بهم فى أبهة الملك . فأصبح الحكم اسلاميا فى شكله : بعيدا عن الاسلام فى جوهره ، ومع ذلك قبل العلماء تسمية السلطان العثمانى بالخليفة (١) حفاظا على وحدة الأمة الاسلامية . وقد أدى هذا التطور الى سوء الادارة وتفشى الرشوة من ناحية كما أدى من ناحية أخرى الى اتجـاه الدولة نحو العلمانية منذ القرن التاسع عشر والمناداة بالقومية التركية (الطورانية) وانتهى الأمر بالغـاء الخلافة فى ٣ مارس ١٩٢٤ . ولذلك فان الحركات الاصلاحية التى انبعثت فى العالم الاسلامى وما قام فيه من ثورات لم تكن يستهدف الانفصال عن الدولة العثمانية بل كانت تستهدف الاصلاح داخل اطار الخلافة العثمانية . ولم يتغير الوضع الا منذ النصف الثانى من القرن التاسع عشر حينما انتشر المبدأ القومى وعجزت الدولة العثمانية

---

(١) يتناقل المورخون روايه مفادها أن السلطان سليم الاول حينمـا فتح مصر أخذ معه آخـر الخلفاء العباسيين (المتوكل) الى الاستانة حيث تنازل له من الخلافة . وبعض المؤرخين يشكك فى صحة هذه الرواية لان السلطان العثمانى كان يحمل لقب الخلافة من قبل ذلك منذ عهد مـراد الاول .

انظر فى تفصيل ذلك . كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، ج ٢ ، ص ٤٩٢ .

عن اجراء أى اصلاح فتعاظمت قوى الانفصال عن الدولة العثمانية من جانب العرب باسم القومية العربيـــة .

الوزارة : ضعف منصب الوزير فى الدولة العبـسية لانفراد حـكام الاقاليم بادارتها مما أدى الى تجريد كل من الخليفة ووزيره من سلطاته السياسية والدينية . وظل المنصب قائما فى الدولة الفاطمية . أما فى الأندلس فقد تعدد الوزراء واختص كل واحد منهم بجانب من شئون الدولة ، فهناك وزير لشئون المال ، وآخر للتعليم ... الخ . ويجتمعون برئاسة أحدهم يتميز عنهم مقـاما ، فكان الأمر أشبه بمجلس الوزراء فى العصر الحديث . وبظهور ملوك الطوائف فى الأندلس اتخذ كل واحد منهم لنفسه وزيرا أو وزراء على غرار ما كان يفعل الخلفـاء الأقوياء . وبســقوط الدولة الفاطمية انفرد الأيوبيون بالسلطة ومن جاء بعدهم من المســاليك ، كما أنفرد سلاطين الامارات فى المشرق بالسلطة وأقاموا لأنفسهم وزراء على غرار ما كان يفعل الخلفـاء .

وفى عهد الدولة العثمانية التأم شمل العالم العربى ومعظم العـالم الاسلامى تحت حكم العثمانيين وعاد مركز الوزير الى سابق عهده . وتأثرا بما كان يجرى عليه العمل فى دولة الســلاجقة تعدد الوزراء فى الدولة العثمانية وحمل اللقب بعض كبار موظفى الدولة وبعض حكام الأقاليم . ولكن ظلت الصدارة لأحدهم ، هو الذى عرف فى وقت محمد الفـاتح (أى فاتح القسطنطينية) بالصدر الأعظم وكانت له سلطات كبيرة شبيهة بسلطـات وزير التفويض . فهو الوكيل المطلق للسلطـان ويرأس كل الوزراء وصاحب الصــلاحيات المطلقة فى ادارة شئون الدولة عسكرية كانت أم مدنية ، وهو الذى يرأس الديوان الهمايونى . وكان يعـاونه عدد من كبار الموظفين هم رؤساء الدواوين .

حكام الاقاليم : بدأ أمراء الأقاليم — منذ أواخر القـرن الثـالث الهجرى — فى الاستيلاء على ســلطة حـكم أقاليمهم بالقوة مما اضطر الخليفة الى اقرار حكمهم — كما سبق القول — فظهرت ولاية الاستيلاء ، ثم تحول الأمر الى انفراد حكام الأقاليم بها ولم يبق للخليفة عليهم أية سلطة فأصبحت الأقاليم أشبه بدويلات مستقلة يتوارث الحـكم فيهـا ويحمل كل منهم لقب سلطان أو ملك ... الخ . ويدير اقليمه كما كان

يدير الخليفة الدولة الاسلامية ، فله وزراء ودواوين ومجلس استشارى ... الخ (١) .

وفى عهد الدولة العثمانية أعيد تنظيم الادارة فقسمت البلاد الى أقاليم ، يعين على رأس كل منها حاكم لمدة سنة قابلة للتجديد ويلقب بعدة ألقاب منها الباشا ، النائب ، أمير الأمراء . وهو يمثل السلطان فى اقليمه ومن ثم يتمتع بذات الإختصاصات التى يتمتع بها الخليفة . ويعاونه تحت اشرافه وامرته عدد من كبار الموظفين للشئون العسكرية والمالية والقضائية ... الخ . وكان يرأس ديوان الوالى الذى انشىء على غرار الديوان الهمايونى فى العاصمة . ولذلك فهو يضم — مثل الديوان الهمايونى — كبار موظفى الاقليم ورؤساء الجند وقاضى القضاة وبعض العلماء والأعيان . وهو — مثل الديوان الهمايونى — بمثابة مجلس استشارى للوالى .

المبحث الثانى

سد باب الاجتهاد وتفشى التقليد

قفل باب الاجتهاد : ظلت حرية الاجتهاد سائدة حتى أواخر القرن الرابع الهجرى . وتضافرت عدة أسباب أقتضت قفل باب الاجتهاد . وتم ذلك عن طريق الاجماع الضمنى من جانب فقهاء أهل السنة مما ترتب عليه التزام القضاء بالرجوع الى آراء فقهاء المذاهب الأربعة (الحنفية ، المالكية ، الشافعية ، الحنابلة) ، وهى المذاهب التى ارتضاها أهل السنة والتى ظلت باقية فى ذلك الوقت بعد اندثار ما سواها من مذاهب ، والتزام القضاء بالحكم وفق آراء فقهاء المذاهب الأربعة أرتفع بالفقة الى مرتبة المصدر الرسمى للقانون .

اسباب قفل باب الاجتهاد : ١ — مرت الدولة الاسلامية — كما سبق القول — بمرحلة من الضعف أدت الى تفككها وتجزئتها الى دويلات . ومع ذلك ظلت الوحدة الثقافية الاسلامية قائمة وظلت الشريعة الاسلامية هى وحدها

---

(١) انظر فى تفصيل تجزئة الدولة وما تشأ من امارات ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ٢ ، ص ٤٥٨ وما بعدها.

القانون الواجب التطبيق فى كل دول وامارات العالم الاسلامى . ولكن هذا الضعف والتفكك انعكس أثره فى الفقه فقد استكان الفقهاء الى ما خلفه أئمة المذاهب الكبرى وتلاميذهم من تراث فقهى ، ولم يحاولوا الابتكار والابداع لأنهم وجدوا فى كتب السابقين من الحلول ما يكفى لمواجهة ما يجد فى المجتمع من مشاكل فلم يظهر فقهاء مجتهدون يدانون مرتبة الأئمة وتلاميذهم . وساعد على ذلك ركود الحياة الاجتماعية والاقتصادية وسيرها على وتيرة واحدة لاتتجدد .

٢ — ومن ناحية أخرى تراكمت الأراء والفتاوى المتعارضة وتصدى للافتاء من هم غير أهل له ، فتحير الناس والقضاة فى أى الفتاوى يأخذون وأيها يتركون . وكانت الدولة من الضعف والتفكك بحيث عجزت عن وضع نظام يقصر الفتوى على من هم أهل لها ولم يجد أهل العلم والفقه من سبيل أمامهم لتجنب فوضى الافتاء فى وقت عز فيه المجتهدون سوى قفل باب الاجتهاد والالتزام بأراء الأئمة الأربعة (أبو حنيفة ، مالك ، الشافعى ، ابن حنبل) وتلاميذهم والتزام القضاة بها . وكان ذلك فى أواخر القرن الرابع الهجرى (١) .

دور الفقه : اقتصر دور كل من الفقهاء المقلدين على الانتصار لمذهب يختاره وبذل الجهد فى تأييد هذا المذهب فى أصوله وفروعه وتطبيقاته والاشادة بأئمة المذهب ورجاله . ووصل بهم الحال الى حد تعصب كل فقيه لمذهبه والدوران فى فلكه وتخطىء المذاهب الأخرى ، فكثرت

وهذه المعانى عبر عنها ابن خلدون (توفى عام ٨٠٨ هـ) فى مقدمته ص ١٠١٦ بقوله « ووقف التقليد فى الامصار عند هؤلاء الاربعة ، ودرس المقلدون لمن سواهم ، وسد الناس باب الخلاف وطرقه ، لما كثر تشعب الاصلاحات فى العلوم ، ولما عاق عن الوصول عن رتبة الاجتهاد ، ولما خشى من اسناد ذلك الى غير أهله ومن لايوثق برايه ولا بدينه . فصرحوا بالعجز والاعواز ، وردوا الناس الى تقليد هؤلاء ، كل بمن اختص به من المقلدين . ولم يبق الا نقل مذاهبهم ، وعمل كل مقلد بمذهب من قلده منهم بعد تصحيح الاصول واتصال سندها بالرواية ، لا محصول اليوم للفقه الا هذا . ومدعى الاجتهاد لهذا العهد مردود على عقبه مهجور تقليده . وقد صار أهل الاسلام اليوم على تقليد هؤلاء الائمة الاربعة » .

المجادلات والمناظرات الفقهية بين فقهاء المذاهب المختلفة واكتفوا بالرجوع الى ما هو مدون فى المذهب ولايتعدونه الى المصادر الأصلية والأدلة الشرعية التى بنى عليها ائمة المذاهب آرائهم . وقد رأينا فى ظل حرية الاجتهاد الذى ساد قبل قفل باب الاجتهاد أن الفقهاء كانوا على اتصال ببعضهم البعض الأخر ، يقتبسون عن بعضهم البعض الأخر ، ويغيرون رأيهم اذا ما ظهر لهم وجه الحق فى رأى مخالفيهم ؛ بل أن الفقيه نفسه كان يغير رأيه هو اذا ما اقتضى الأمر ذلك (١) .

ونتج عن هذا التقليد الأعمى أن انصرف الفقهاء الى تلخيص كتب المذهب فى صورة مختصرات ومتون ؛ ثم شرحت هذه المتون ثم شرحت الشروح ذاتها فى حواشي وتكملات (٢) . وجمعت الفتاوى فى كتب (٣) ؛ وخلفوا لنا ثروة فقهية ضخمة فى المذاهب الأربعة (٤) . وبعض الفقهاء

---

(١) وهو ما عبر عنه الامام مالك بكلمته البليغة « ليس لأحد الا يؤخذ من قوله ويترك ، الا رسول الله صلى الله عليه وسلم » وما ردده الائمة « اذا صح الحديث فهو مذهبى ، واضربوا بقولى عرض الحائط » . هذه المعانى نجد عكسها تماما فى عهد التقليد فها هو الكرخى (توفى عام ٣٤٠ هـ) رئيس الحنفية بالعراق يقول « ان كل آية أو حديث يخالف ما عليه امامه هو مؤول أو منسوخ » . انظر ، الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ٣٢٥ .

(٢) من امثلة ذلك : كتاب « بداية المبتدى » لصاحبه المرغينانى (توفى عام ٥٩٣ هـ) . فقد شرحه هو نفسه فى كتاب آخر باسم « هداية المهتدى » ثم شرحه البابرتى (توفىعام ٧٨٦) فى كتاب اسماه « العناية » ثم قام ابن الهمام (توفى عام ٨٦١هـ) بشرح الهداية فى كتاب اسماه « فتح القدير » ثم قام سعدى جلبى (توفى عام ٩٤٥ هـ) فكتب حاشية على الهداية والعناية معا .

(٣) جمعت كل الفتاوى التى صدرت فى عهد الدولة العثمانية منذ قيامها عام ٦٩٩ هـ — ١٢٩٩م . حتى الغاء الخلافة عام ١٩٢٤ فى عدة مجموعات من اشهرها : مجموعة على أفندى ، مجموعة الفتاوى الفؤادية، مجموعة بهجة الفتاوى .

(٤) اشتهر فى هذا العصر من الحنفية : الكرخى (٣٤٠) صاحب المختصر ؛ الجرجانى (٣٩٨) مؤلف خزانة الأكمل ؛ القدورى (٤٢٨) صاحب المختصر المعروف ؛ السرخسى مؤلف كتاب المبسوط (اواخر القرن الخامس) الكاسانى (٥٨٧) صاحب بدائع الصنائع ؛ قاضى خان (٥٩٢ ؛
=

المقلدين كان يجتهد ، ولكن اجتهاده كان فى دائرة المذهب فحسب وظهر ذلك فى صورة الترجيح بين الأقوال فى المذهب • وهـــذا يتطلب معرفة تامة بأصول المذهب وطرقه فى استخراج الأحكام • وقد ينصب الاجتهاد على معرفة علة الحكم الذى قال به امام المذهب أو أحد تلاميذه فى الحالات التى لم يذكروا فيها علة الحكم حتى يمكنهم تطبيقه على الحالات الجديدة المماثلة •

ولم يقف الأمر عند حد تشيع الفقهاء وتعصبهم لمذهب معين • بل سلك الحكام ذات المسلك فبعضهم كان يميل لمذهب معين وينتصر له بل يفرضه على الناس دون سواه ــ كما سنرى ــ فقد تعصب الأتراك للمذهب الحنفى ، وتعصب الأيوبيــون فى مصر للمذهب الشـافعى ، وتشيعت الدولة الفاطمية لمذهب الشيعة الاسماعيلية •

= صاحب الفتاوى الخانية : المرغينانى (٥٩٣) صاحب الهداية : الموصلى صاحب المختار والاختيار (٦٨٣) ؛ ابن الساعاتى (٦٩٤) صاحب مجمع البحرين : النسفى (٧١٠) صاحب كنز الحقائق ؛ الزيلعى (٧٤٣) شارح الكنز : ابن العينى (٨٥٥) شارح الكنز وصحيح البخارى ؛ كمال الدين ابن الهمام (٨٦١) صاحب فتح القدير شرح الهداية ؛ ابن نجيم (٩٦٩) صاحب كنز الدقائق والاشباه والنظائر • وتوجد مجموعة من الكتب وضعت بتكليف من الحاكم مثل الفتاوى التى جمعت بأمر السلطان المغولى الهندى عا لمكير ؛ كتاب وجيز سهل المطالعة بتكليف من السلطان العثمانى سليمان الاول وضعه أحمد الحلبى (٩٥٦) أسماء ملتقى الابحر ، وقام بشرحه داما أفندى (١٠٧٨) فيما أسماه مجمع الانهر ، كما شرحـــه فى الدر المنتقى الحصكفى (١٠٨٨) فى كتاب رد المحتار على الدار المختار لابن عابدين (١٢٥٢).

وفى الفقه المالكى اختصرت مدونة سحنون عدة مختصرات منها : مختصر القيروانى (٣٨٦) ثم اختصر المختصر ابن الحاجب (٦٤٦). ثم اختصر مختصر بن الحاجب على يد سيدى خليل (٧٧٦) وهو المختصر الشائع حتى اليوم •

وفى فقه الشافعية نجد فى القرن الخامس الماوردى صاحب الأحكام السلطانية ؛ الشيرازى (٤٧٦) صاحب المهذب ؛ وفى القرن السادس نجد الغزالى (٥٠٥) وله عدة كتب ؛ وفى القرن السابع أبو القاسم الرافعى وعز الدين بن عبد السلام والنووى • وفى القرن الثامن اشتهر السبكى ، وفى القرن العاشر السيوطى صاحب العديد من المؤلفات •

وفى الفقه الحنبلى اشتهر فى القرن السابع بن قدامة صاحب كتاب المغنى ثم ابن تيمية (٧٢٨) وابن القيم (٧٥١) •

ولم يستشعر الفقهاء حرجا فى التقليد الأعمى والتعصب المذهبى ، ولم يحس المجتمع بحاجة الى تجديد الفقه وتطوير الأحكام حتى أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر الميلادى حينما بدأ الاتصال والاحتكاك بالحضارة الأوربية التى طرقت أبواب عصر الصناعة ، وانتقلت الينا آثار الحضارة الصناعية ، وما يترتب عليها من تغيير اجتماعى ، وما ظهر من تيارات فكرية عديدة فى السياسة وفى الاجتماع وفى نظم الحكم وفى سائر الفروع . فبدأ نسيج المجتمع الاسلامى يتغير اجتماعيا وسياسيا واقتصاديا وظهرت مشكلات اجتماعية وسياسية واقتصادية لا عهد للفقهاء القدامى ولا المتأخرين بها ، فأصبحت الحاجة ماسة الى تجديد شباب الفقه الاسلامى بل الحضارة الاسلامية حتى تستطيع الصمود أمام الحضارة الأوربية الناهضة والقوانين الأوروبية من جهة وبين الحضارة الاسلامية والشريعة الاسلامية من جهة ثانية ، ومازال الصراع قائما بينهما وان كانت الحضارة الأوربية وقوانينها قد كسبت الجولة الأولى .

حكم التقليد : اختلفت آراء العلماء فى حكم التقليد فذهب فريق الى وجوب التقليد بعد زمن الأئمة المجتهدين ، وذهب فريق ثان الى عكس الرأى الأول فقالوا برفض التقليد ووجوب الاجتهاد لمواجهة ما يجد فى المجتمع من أحداث . وتوسط فريق ثالث بين الرأيين فقالوا برفض التقليد بالنسبة لمن تتوفر لهم شروط الاجتهاد ووجوب التقليد بالنسبة لمن لا تتوفر فيهم شروط الاجتهاد ، ولا يلزم فى المقلد أن يتبع مذهبا بعينه فله أن يختار أيسر الآراء وأقربها لتحقيق المصلحة العامة دون التقيد برأى مذهب بعينه . واعتمادا على هذا الرأى الثالث درجت معظم الدول الاسلامية المعاصرة على اصدار تشريعات تعتمد على آراء الفقهاء السابقين دون التقيد برأى مذهب بعينه .

المبحث الثالث

التشريعات الصادرة من ولى الامر (١)

التعريف بولى الامر: يقصد بولى فى الفقه الاسلامى كل من يتولى أمرا من الأمور العامة للأمة نيابة عنها وبتفويض منها (٢) • وعلى ذلك ينصرف هذا التعبير الى الخليفة ومعاونيه من وزراء وأمراء وقادة الجند وقضاة وعلماء ومجتهدين كل فى حدود اختصاصه •

ومن المسلم فى الفقه الاسلامى أن ولى الأمر : سواء كان خليفة أو واليا أو قاضيا •• الخ لا يملك التشريع بل هو يلتزم أحكام الشريعة الاسلامية ولا يتعداها مثله فى ذلك مثل المحكومين • غير أن جمهور الفقهاء منذ البداية ، صرحوا لولى الأمر بالتشريع فيما لم يرد فيه نص عملا بمبدأ معروف فى الفقه الاسلامى باسم السياسة الشرعية •

والأصل الشرعى لسلطة ولى الأمر فى التشريع هو الآية الكريمة (سورة النساء ٥٩) « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم • فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » •

---

(١) يختلف مفهوم مصطلح التشريع فى الشريعة عنه فى القانون الوضعى ففى هذا الاخير يقصد به وضع القواعد القانونية بواسطة السلطة العامة المختصة (البرلمان) . أما فى الشريعة فيقصد به استنباط الاحكام (القواعد القانونية) من الكتاب والسنة . ويميز الفقهاء فى هذا الصدد بين أمرين : أولهما شرع مبتدأ وهو لا يكون الا من الله ورسوله متمثلا فى الكتاب والسنة ، والاحكام الواردة فيهما ملزمه للناس . وثانيهما بيان حكم تقتضيه شريعة قائمة ، وقد تولى هذه المهمة بعد وفاة الرسول المجتهدون آراؤهم لاترقى الى مرتبة الالزام الا اذا كانت محل اجماع منهم أو صدر بها أمر من ولى الامر فى حدود اختصاصه .

أنظر ، عبد الوهاب خلاف ؛ السلطات الثلاث فى الاسلام : مجلة القانون والاقتصاد ١٩٣٥ و ١٩٣٦ و ١٩٣٧ .

(٢) أنظر ، الامام الاكبر محمود شلتوت ، الاسلام عقيدة وشريعة ، ص ٣٧٣ . ويعرف ابن تيمية فى كتابه الحسبة فى الاسلام ، ص ١٠٤ أولى الامر بانهم « أصحاب الامر أو ذووه . وهم الذين يأمرون الناس ، وذلك يشترك فيه أهل اليد والامراء ، واهل العلم والكلام » .

ومن هنا كانت وظيفة هذه الأوامر الصادرة منهم تكميلية للتشريع الاسلامى . وقد تطورت سلطة ولى الأمر فى هذا المجال وخاصة بعد قفل باب الاجتهاد .

المطلب الأول

السياسة الشرعية

السياسة الشرعية : تستند سلطة ولى الأمر فى التشريع الى نظام شرعى يعرف بالسياسة الشرعية . وهذا النظام يعتمد على أصل عام فى الفقه الاسلامى هو وجوب طاعة ولى الأمر .

ويقصد بالسياسة الشرعية التصرف فى الشئون العامة للأمة على وجه المصلحة لها . وقد عرفها الفقهاء بقولهم « السياسة ما كان فعلا يكون معه الناس أقرب الى الصلاح وأبعد عن الفساد ، وأن لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى » . ذلك أن ولاة الأمر وجدوا أن الناس — على حد تعبير ابن القيم (ولد عام ٦٥١ وتوفى عام ٧٥١ هـ) — « لا يستقيم أمرهم الا بشىء زائد على ما فهمه هؤلاء من فهم ضيق فى الشريعة المتسعة فأحدثوا لهم قوانين سياسية تنظم بها مصالح العالم وكان من هذه القوانين الصالح منها والفاسد فتولد من تقصير أولئك فى الشريعة وأحداث هؤلاء ما أحدثوه من أوضاع سياستهم شر طويل وفساد عريض » (١) .

---

(١) انظر ، ابن القيم ، اعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٥٤٣ ، نقلا عن الزرقا ، المدخل ، ص ٢١٤ وقد ناقش ابن القيم فى كتابه : الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية ، مطبعة السنة المحمدية ، ١٣٧٢ ، ص ١٣ وما بعدها آراء الفقهاء فى مدى جواز العمل بالسياسة الشرعية وانتقد الذين ضيقوا نطاق الشريعة برفضهم للسياسة الشرعية كما انتقد الذين اباحوا للناس عن طريق السياسة ما ينافى حكم الله ورسوله وانتهى الى القول بان هدف الحكم الاسلامى اقامة العدل « فأى طريقة استخرج بها العدل والقسط فهى من الدين ليست مخالفة له . فلا يقال ان السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع بل هى موافقة لما جاء به ، بل هى جزء من اجزائه ونحن نسميها سياسة تبعا لمصطلحكم وانما هى عدل الله ورسوله » .

نفس المعنى ردده ابن خلدون (ولد عام ٧٣٢ وتوفى عام ٨٠٨ هـ) فى مقدمته (١) « ان مقتضى الملك التغلب والقهر وحمل الناس على الطاعة تجنبا للفوضى فوجب أن يرجع فى ذلك الى القوانين سياسة مفروضة يسلمها الكافة وينقادون الى أحكامها . واذا خلت الدولة من مثل هذه السياسة لم يستتب أمرها . فاذ كانت هذه القوانين مفروضة من العقلاء وأكابر الدولة وبصرائها كانت سياسة عقلية واذا كانت مفروضة من الله بشارع يقررها ويشرعها كانت سياسة دينية نافعة فى الحياة الدنيا وفى الآخرة .. فجاءت الشرائع بحملهم على ذلك فى جميع أحوالهم من عبادة ومعاملة ، حتى فى الملك الذى هو طبيعى للاجتماع الانسانى فأجرته على منهاج الدين ليكون الكل محوطا بنظر الشارع » . وعقد ابن خلدون فى مقدمته فصلا عن الخطط (الوظائف) فى الدولة ففرق بين الخطط الدينية والخطط الملوكية السلطانية ، وأدخل فى الأولى : الصلاة ، الفتيا ، القضاء ، الجهاد : وأدخل فى الثانية : الوزارة ، الحجابة ، الرسائل ،الشرطة، قيادة الأساطيل : الأعمال والجبايات . ووصف الأخيرة بأنها « هى القيام على أعمال الجبايات وحفظ حقوق الدولة فى المدخل والمخرج واحصاء العساكر باسمائهم وتقدير أرزاقهم وصرف أعطياتهم فى ابانانها والرجوع فى ذلك الى القوانين التى يرتبها قومة تلك الأعمال وهى كلها مسطورة فى كتاب شامل بتفاصيل ذلك ، ويسمى ذلك الكتاب بالديوان » .

ويبين من ذلك أن كلا من ابن القيم وابن خلدون قد استعمل تعبير القوانين للدلالة على القواعد التى يضعها ولى الأمر بمقتضى السياسة الشرعية تميزا لها عن القواعد التى وردت فى الأدلة الشرعية الأخرى من كتاب أو سنة أو اجماع ... الخ . ولا يجوز أن نستنتج من ذلك — كما حاول بعض العلمانيين أن يفعل — فصل الدين عن الدولة . فابن القيم قاطع فى اعتبار القوانين الصادرة بمقتضى السياسة الشرعية تعتبر جزءا لا يتجزأ من أحكام الشريعة ، فهو يقول صراحة « ... فلا يقال أن السياسة العادلة مخالفة لما نطق به الشرع بل هى موافقة لما جاء به ، بل هى جزء من أجزائه » وابن خلدون يعتبر كلا من الخطط (الوظائف)

(١) مقدمة ابن خلدون : ص ٦٨٦ — ٦٨٩ ، ٧٣٤ — ٧٣٥ و ٧٨٢ .

الدينية والخطط الملوكيــة أو السلطــانية من خطط الدولة ويردها الى الشريعة فهو يقول ان « حقيقة الخلافة نيابة عن صاحب الشرع فى حفظ الدين وسياسة الدنيا .. أما فى الدين فبمقتضى التكاليف الشرعية التى هو مأمور بتبليغها وحمــل النــاس عليها وأما سياسية الدنيا فبمقتضى رعايته لمصالحهم فى العمران البشرى .. ان الملك وسطوته كاف فى حصول هذه المصالح انما تكون أكمل اذا كانت بالأحــكام الشرعية لأنه أعلم بهذه المصالح . فقد صار الملك يندرج تحت الخلافة اذا كان اســلاميا ويكون من توابعها » .

التمييز بين الشرع والقانون : ترتب على قفــل باب الاجتهــاد جمود الفقه وانتقال سلطة التشريع — ان جاز لنــا استعمال هــذا المصطلح الحــديث — من المجتهدين الى أوليــاء الأمر وعلى رأسهم الخليفة أو السلطــان . ففى البداية اقتصر دور ولى الأمر فى التشريع على الأمور التى لم يرد فى شأنها حكم ومن أبرزها الأمور المالية والادارية واستعمل تعبير القوانين للدلالة على أوامر السلطان فى هذا المجــال ، وبعد قفــل باب الاجتهــاد جرى ولى الأمر على تبنى آراء أحــد المذاهب أو آراء بعض الفقهاء والزام الناس بها . ثم تطور الحــال فى الدولة العثمانية الى تبنى بعض الأعراف السائدة واقتباس بعض النظم الأجنبية .

وأمام تباين مصادر القاعدة القــانونية ، جرى العمل فى عهد الدولة العثمانية على التمييز بين الأحــكام الشرعية الواردة فى كتب الفقهــاء واختصوها بتعبير الشرع الحنيف أو الشريعة الغراء وأطلقوا تعبير القوانين على الأحكام التى تصدر بها تشريعات من ولى الأمر سواء كانت الشريعة هى مصدرها أم كانت مأخوذة من نظم أخرى . والتعبير الذى استعمل باللغــة التركية هو « قانون نامه » .

المطلب الثــانى

تطور سلطة ولى الامر فى التشريع

§ ١ — حدود ومجال سلطة ولى الامر فى التشريع

الاساس الشرعى لسلطة ولى الامر فى التشريع : من المسلم أن طاعة ولى الأمر واجبة فى الفقه الاسلامى تطبيقا لقوله تعالى (سورة النساء : ٥٩) « يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرســول وأولى الأمر منكم ، فان تنازعتم فى شىء فردوه الى الله والرسول » .

حدود ومجال سلطة ولى الامر فى التشريع : اختلف الفقهاء فى حدود طاعة ولى الأمر ومجالها ولا خلاف بينهم فى أن طاعته مقيدة بعدم مخالفة أحكام الشريعة ، فمن الأصول المقررة أنه « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » (١) . وتطبيقـا لذلك لا تجب طاعة ولى الأمر اذا ما خالف حكما قطعى الثبوت وقطعى الدلالة . ولا خلاف بينهم أيضا فى عـدم جواز تصـدى ولى الأمر لأمور العقيدة والعبـادة .

ولكنهم يختلفون حول مدى لجواز طاعته فى الأحكام الاجتهادية . ففريق منهم يرفض منح ولى الأمر حق الزام الناس برأى اجتهادى معين تأسيسا على أن الحـكم الاجتهادى يحتمل الصـواب والخطأ ، وحمل الناس على اتباع رأى اجتهادى معين يحول دون اكتشاف الخطأ ويسـد باب الاجتهاد . وتتيجة لذلك ذهب أنصار هـذا الرأى الى أن تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين تعتبر باطلة بينما اعتبرها البعض الآخر صحيحة ولكن الشرط فاسد (٢) . وكان هذا هو الدافع للامام مالك فى رفض طلب الخليفة المنصور والرشيد من بعده فى حمل الناس على مذهبه .

وذهب فريق ثان الى أن من حق ولى الأمر حمل الناس على رأى معين والزام القاضى به . وحجتهم فى ذلك الآية القرآنية سـالفة الذكر وما جرى عليه العمل فى عهد الخلفاء الراشدين . وقد أنتصر هذا الرأى بعد قفل باب الاجتهاد وتقليد أئمة المذاهب . ولذلك أباح الفقهاء لولى الأمر أن يحمل الناس على اتباع رأى فقهى معين فى المسائل الاجتهادية . ويصبح أمره فى هذه الحـالة واجب الاتبـاع تأسيسا على مبدأ تغير المصـالح وتبدل الأحـكام بتبدل الزمان . وعبر ابن عابدين عن ذلك

---

(١) وهذا المبدا هو ماالتزمه الخليفة او بكر فى اول خطبة له بعد مبايعته بالخلافة بقوله .. اطيعونى ما اطعت الله ورسوله ، فاذا عصيت الله ورسوله فلا طاعة لى عليكم .

انظر فى تفصيل طاعة ولى الامر ، ضياء الدين الريس ، النظريات السياسية ، الطبعة السادسة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٥٨ وما بعدها .

(٢) انظر : صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

بقوله « طاعة أمر السلطان بمباح واجبة » (١) . وبالمثل عبر عنها ابن نجيم بقوله « أن طاعة الامام فى غير معصية هى واجبة حتى لو أمر بصوم يوم وجب صومه شرعا » .

واعمالا لهذا الأصل انتهى فقهاء الحنفية ، الى أن من حق ولى الأمر « أن يأمر بالمندوب أو المباح ان كانت فيه مصلحة شرعية للناس فيصبح عندئذ واجبا » (٢) . وله أيضا « أن يمنع المباح الذى ينتج عنه مفسدة طالما وجدت المفسدة بسببه والمصلحة فى خلافه » (٣) وبهذا المنع يصبح محرما بعد أن كان مباحا من قبل .

---

(١) نقل الزرقا (المدخل ، ص ١٧١ — ١٧٢) عن صاحب الدر المختار أنه ذكر فى باب القرض من كتاب البيوع أن شراء الشىء الرخيص بالثمن الغالى مقابل الاستقراض من البائع جائز للحاجة وقد سموه ببيع المعاملة . وذكر أيضا صاحب الدر المختار فى باب المرابحة فى البيع أن الدائن يبيع للمدين شيئا بأعلى من قيمته بحيث يحصل للبائع ربح يعادل الزيادة التى يريدها لقاء تأجيل الدين الى المدة التى يطلبها المدين يسمى المرابحة . ثم ذكر نقلا عن فقهاء المذهب أنه لو قضى المدين الدين قبل حلول اجله الذى عقدت من أجله المرابحة ، أو اذا توفى بعد المرابحة قبل نهاية الاجل فاستوفى الدائن دينه من تركة المدين لحلول المؤجل بسبب وفاته ، فان الدائن لا يستحق من المرابحة الا بنسبة ما مضى من الاجل واذا كان قد قبض الربح وجب عليه رد حصة ما بقى من الاجل . ونقل صاحب الدر المختار فى آخر فصل القرض أنه صدر الامر السلطانى وفتوى شيخ الاسلام بأن لا تزيد المنفعة عن خمسة فى المائة من مبلغ القرض فاذا زادت يعاقب الشخص لمخالفته الامر السلطانى . ونقل ابن عابدين فى حاشيته أن بعض الفقهاء أجاز ذلك بينما قال بعضهم بكراهيته واضاف أنه صدر أمر سلطانى مبنى على فتوى اخرى برفع نسبة المنفعة الى ١٥٪ وعليها العمل .

وعلل ابن عابدين عقوبة من يخالف هذا الأمر السلطانى بأن طاعة أمر السلطان بمباح واجبة .

(٢) ومن أمثلة ذلك شهادة الشهود فى العقود فهى — على الرأى الراجح — من قبيل الندب ويستطيع ولى الامر ان يتطلب شهادة الشهود على سبيل الوجوب فى بعض التصرفات القانونية .

(٣) ومن أمثلة ذلك ما أورده الزرقا (المدخل ص ١٧١ و ١٧٢) حيث نقل عن حاشية بن عابدين الذى نقل بدوره عن أبى السعود مفتى وقاضى القسطنطينية فى أوائل القرن السادس عشر الميلادى (هو ابو السعود بن محمد بن مصطفى العماد . ولد بقرية قرب الاستانة عام ٨٩٨ هـ . وتوفى عام ٩٨٢ هـ) انه صدر أمر سلطانى بعدم نفاذ وقف المدين فى القدر الذى

وفضـــلا عن تقييد سلطة ولى الأمر فى التشريع وحصرها فى الأمور الاجتهادية فى المعاملات فانه يشترط أن يكون ولى الأمر من المجتهدين ، كما كان الحال فى صدر الاسلام ، فاذا لم يكن من المجتهدين فان أوامره لا يعتد بها الا بعد أخـــذ رأى أهل العلم فى الشريعة وموافقتهم • وقد كانت معظم القوانين والأوامر السلطانية تصدر فى العهد العثمانى بناء على فتوى من أهـــل العـــلم •

وواقع الأمر أن اعطاء هذه السلطة لولى الأمر فى المسائل الاجتهادية يمكن أن يعتبر تطبيقا لنظرية السياسة الشرعية وما تقضيه من استحداث أحكام للناس بحسب دواعى الحاجة وتطور الزمن طالما كانت نافعة لهم وموافقة لروح الشريعة الاسلامية ، لأن السياسة الشرعية ــ كما سبق القول ــ هى كل فعل يكون معه الناس أقرب للصلاح وأبعد عن الفساد . ونستطيع أن نذكر لها العديد من الأمثلة فى صدر الاســـلام (١) •

يتوقف عليه تسديد الدين من أمواله قطعا لما يلجأ اليه بعض الناس من وقف أموالهم لتهريبها من وجه الدائنين .وبناء على هذا الامر صرح الفقهاء بعدم نفاذ مثل هذا الوقف شرعا خلافا لاصل المذهب الحنفى (رد المختار ، جـ ٣ ، ص ٣٩٥ ــ ٣٩٦) . ونقل عنه ايضا أنه صدر امر سلطانى بمنع القضاة من بيع العبد الآبق اذا كان من عبيد العسكرية كيلا يتخذ العبيد الاباق وسيلة للتخلص من خدمة الجيش ، ويقضى هذا الأمر بأن هـؤلاء العبيـد يؤخذون من مشتريهم ويرجع المشترى بالثمن ، بالرغم من أن القاعدة فى أصول المذهب الحنفى تقضى بأنه اذا كانت اللقطة عبدا آبقا جاز للقاضى أن يأمر ببيعه ويكون هذا البيع نافذا على مولاه ، فليس للمولى نقضه اذا علم وجاء مطالبا (كتاب الآبق فى رد المحتار ، جـ ٣ ، ص ٣٢٥ ــ ٣٢٦) .

ويبين من هذين المثالين ان ولى الامر قد أمر بعدم نفاذ عقد نافذ فى أصول المذهب الحنفى او ببطلان عقد صحيح طبقا لرأى فقهاء المذهب . وقاس الاستاذ الزرقا على هذين المثالين ما يصدر الآن من قوانين توجب تسجيل التصرفات التى ترد على العقارات .

(١) كان الخليفة ابو بكر يسوى بين المسلمين فى أعطياتهم ، فلما ولى عمر الخلافة عدل عن رأى أبى بكر وفاضل بين المسلمين فى أعطياتهم على أساس ما قدموه للاسلام من جهاد وسبقهم فى الاسلام ومدى حاجتهم الى المال (أنظر : الخضرى ، تاريخ التشريع ، ص ١٢١ ، كتاب الاموال لأبى عبيد القاسم بن سلام ، ص ٢٢٤ وما بعدها) .

ومن ذلك ايضا مسألة قسمة الاراضى المفتوحة ، فقد قسم الرسول عليه السلام ارض خيبر بين الفاتحين ؛ غير ان الخليفة عمر رأى ان تترك

=

وقد كان مسلك خلفاء آل عثمان فى حمل النـاس على اتبـاع الراجح من أقوال مذهب أبى حنيفة خطوة جريئة وهامة فى تاريخ التشريع الاسلامى مكنتهم فيما بعد من اصدار تقنينات تعتمد على آراء فقهـاء هذا المذهب أو على آراء غيرهم من المذاهب الأخرى • غير أنهم تجاوزوا حدود السياسة الشرعية حينما نقلوا قوانين أجنبية تخالف أحكام الشريعة •

§ ٢ ــ التشريع بطريق مباشر

تصدى ولى الأمر للتشريع بطريق مباشر فى الحالات التى لم يرد فى شأنها أحكام فى الكتاب أو السنة • ومن أبرز هذه الحالات :

١ ــ انشاء الدواوين : جرى العمل ، عملا بمبدأ السياسة الشرعية ، منذ عهد الخلفاء الراشدين على التسليم لولى الأمر بحق تنظيم الأمور التى لم تتعرض لها الشريعة الاسلامية بأحكام تفصيلية • وقد تطورت هذه السلطة بتطور الأوضـاع الاجتماعية والاقتصادية وازدياد العمران والمدنية • وتطبيقا لذلك نظمت الدواوين والادارات المختلفة فى الدولة ،

= ارض العراق وغيرها فى ايدى اصحابها ويفرض عليها خراج ينفق منه على مصالح المسلمين فى الحاضر وفى الاجيال المستقبلة ووافقه الصحابة ــ بعد مناقشات طويلة ــ على هذا الرأى (أنظر فى ذلك : الخضرى ، تاريخ التشريع ص ١٢٤ ، ابو عبيد القاسم ، الاموال ، ص ٥٧) •

ومن ذلك أيضا أن العمل جرى طيلة عهد ابى بكر وخلال سنتين او ثلاثا من خلافة عمر على ان الطلاق الثلاث بلفظ واحد يعتبر طلقة واحدة رجعية ولكن عمر جعلها طلاقا ثلاثا تبين به الزوجة بينونة كبرى فليس له أن يسترجعها لعصمته حتى تتزوج ويدخل بها غيره ثم يطلقها ، وعلل ذلك بقوله « ان الناس قد أستعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ، فلو امضيناه عليهم » . وهذا الحكم من باب زجر المسلمين •

ومن ذلك ايضا اختلاف عمر وعلى حول حكم المطلقة التى تتزوج قبل انتهاء عدتها من زوجها الاول . فقد أمر عمر بالتفريق بينها وبين زوجها الثانى وضرب هذا الزوج بعصاه وحرم عليه الزواج منها حتى بعد أن تتم مدة العدة من الزوج الاول ، اما على فذهب الى جواز أن يتزوجها بعد ان يفرق بينهما وتتم عدتها من زوجها الاول . ولا يوجد فى القرآن ولا فى السنة مايشهد بصحة اى الرأيين . ومذهب الخليفة عمر فيه اتجاه نحو زجر الناس وسد لأبواب الفسـاد . اما الخليفة على فطبق الاصول العامة .

(أنظر : أعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٢٤ ، محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٩) •

ونظمت الضرائب وطرق جبايتها بتشريعات وأوامر صادرة من ولى الأمر ، وقد بدأ هذا الاتجاه منذ عهد الخليفة عمر ومن تلاه من خلفاء وحكام ؛ فأنشأوا الدواوين والادارات المختلفة للاشراف على مرافق الدولة . وقد أطلق على القواعد التى يلتزمها العاملون فى تسيير أمور هذه الدواوين تعبير القوانين منذ القرن السابع الهجرى تميزا لها عن الأحكام الشرعية (١) .

٢ — **اجراءات زاجرة** : ومن ناحية أخرى جرى أولياء الأمر على اتخاذ بعض الاجراءات التى تتسم بالحزم بقصد زجر الناس وحملهم على الجادة وتحقيقا للصالح العام تبعا لما يحدث فى المجتمع من تطور اجتماعى وأخلاقى . وقد بدأ هذا الاتجاه منذ صدر الاسلام . وقد ذكر ابن القيم العديد من الأمثلة التى حدثت فى عهد الخلفاء الراشدين (٢) . وقد حرص ابن القيم على بيان أساس هذا المسلك من جانب الخلفاء فقال : « وهذه

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٨٣ .

(٢) ذكر ابن القيم فى كتابه الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية عدة أمثلة نجتزى منها بالآتى : ص ١٠ « فمن ذلك أن ابا بكر رضى الله عنه حرق اللوطية ، واذاقهم حرق النار فى الدنيا قبل الاخرة ، وكذلك قال اصحابنا اذا رأى الامام تحريق اللوطى فله ذلك » . ص ١٦ — ١٧ « وحرق عمر بن الخطاب رضى الله عنه حانوت الخمار بما فيه ، وحرق قرية يباع فيها الخمر وحرق قصر سعد بن عبادة لما احتجب فى قصره عن الرعية ، وحلق عمر رأس نصر بن حجاج ، ونفاه عن المدينة لتشبب النساء به ... وصادر عماله فأخذ شطر أموالهم لما اكتسبوه بجاه العمل واختلط ما يختصون به بذلك فجعل اموالهم بينهم وبين المسلمين شطرين .. ومن ذلك الزامه للمطلق ثلاثا بكلمة واحدة بالطلاق وهو يعلم أنها واحدة ... فكان الالزام به عقوبة منه لمصلحة رآها ولم يكن يخفى عليه أن الثلاث كانت فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر تجعل واحدة » . ص ١٨ « ومن ذلك جمع عثمان رضى الله عنه الناس على حرف واحد من الأحرف السنية التى أطلق لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم القراءة بها لما كان فى ذلك مصلحة ، فلما خاف الصحابة رضى الله عنهم على الامة أن يختلفوا فى القرآن ورأوا ان جمعهم على حرف واحد اسلم وأبعد من وقوع الاختلاف فعلوا ذلك ومنعوا الناس من القراءة بغيره » . ص ١٩ « ومن ذلك تحريق على رضى الله عنه الزنادقة والرافضة وهو يعلم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى قتل الكافر ولكن لما رأى أمرا عظيما جعل عقوبته من اعظم العقوبات ليزجر الناس عن مثله » .

وحرص ابن القيم على بيان طبيعة هذه الاجراءات فقال : ص ١٨ « ان هذا وامثاله سياسة جزائية بحسب المصلحة ، يختلف باختلاف الازمنة فظنها من ظنها شرائع عامة لازمة للامة الى يوم القيامة . ولكل عذر واجر . ومن اجتهد فى طاعة الله ورسوله فهو دائر بين الاجر والاجرين » .

السياســة التى ساســوا بهــا الأمة وأضعافهــا هى من تأويل القرآن والسنة » (١) .

٣ — **اختصاص ولائى للقضاة** : يعتبر القضاء فرعا من فروع الولاية العــامة لذلك كان يتولاه الخليفة بنفسه ، ثم أصبح : منذ عهد الخليفة عمر ، يتولاه أشخاص يسمون القضاة (٢) . وهم يختصون بالفصل فى المنازعات طبقا لأحــكام الشريعة الاســلامية ، وأضيف اليهم منذ العهد العباسى اختصاص ولائى هو النظر فى أمور الحجر على المجانين والسفهاء والنظر فى وصايا المسلمين وأوقافهم والنظر فى مصالح الطرقات والأبنية .

---

(١) ابن القيم ، الطرق الحكمية ، ص ١٨ .

(٢) لما اتسعت الدولة فى عهــد الخليفة عمــر بسبب الفتــوحات الاسلامية وتنوعت البيئات وما ظهــر فيهــا من مشــاكل فوض الخليفــة اختصاصاته القضائية لامراء البلاد . ثم عمد الخليفة عمر الى فصل القضاء عن بقية اعمال امراء الاقاليم : فولى ابا الدرداء عويمر بن عامر قضاءالمدينة، وولى عثمان بن قيس بن ابى العاص قضاء مصر ، وجعل قضاء الشام مستقلا، وولى الحارث الكندى قضاء الكوفة ، وولى أبا موسى الاشعرى قضاء البصرة . ووضع للقضاة نظاما يسيرون عليه فى أحكامهم ، وهذا نص كتابه الى أبى موسى الاشعرى :

« .. فان القضاء فريضة محكمة ، وسنه متبعة ، فافهم اذا أدلى اليك ، فانه لاينفع تكلم بحق لانفاذ له . آس بين الناس فى وجهك ومجلسك وعدلك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك . البينة على من ادعى . واليمين على من أنكر ، والصلح جائز بين المسلمين الا صلحا احل حراما أو حرم حلالا . ولا يمنعك قضاء قضيته بالامس فراجعت اليوم فيه عقلك ، وهديت فيه لرشدك ، ان ترجع الى الحق فان الحق قديم ، ومراجعة الحق خير من التمادى فى الباطل . الفهم : الفهم ، فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنه ، ثم اعرف الامثال والاشباه ، وقس الامور بنظائرها . واجعل للمدعى حقا غائبا أو بينه أمدا ينتهى اليه ، فان احضر بينته أخذ بحقه ، والا وجهت القضاء عليه ، فان ذلك أجلى للعمى وأبلغ للعذر . المسلمون عدول بعضهم على بعض الا مجلودا فى حد أو مجربا فى شهادة زور أو ظنينا فى ولاء أو قرابة ، فان الله سبحانه تولى منكم السرائر ودرا عنكم بالبينات . واياك والقلق والضجر والتأذى للناس ، والتنكر للخصوم فى مواطن الحق التى يوجب الله بها الاجر أو يحسن بها الذخر ، فانه من يصلح نيته فيما بينه وبين الله ولو على نفسه يكفه الله ما بينه وبين الناس ، ومن تزين للناس بما يعلم الله منه غير ذلك شانه الله » .

وفى عهد الدولة العباسية انشىء منصب قاضى القضاة وكان يختص بتعيين القضاة فى سائر انحاء الدولة . وأول من تولى هذا المنصب أبو يوسف صاحب ابى حنيفة فى عهد الرشيد .

انظر : النبهانى : نظام الحكم فى الاسلام : ص ١٦٩ . ابن خلدون : المقدمة ص ٧٤٠ .

٤ ـ وظائف ادارية ذات اختصاص قضائي : باتساع أرجاء الدولة وازدياد العمران ظهرت بعض الوظائف ذات الاختصاص القضائي منذ عهد مبكر يقضي فيها «بموجب السياسة دون مراجعة الأحكام الشرعية » ، ومن أهم هـذه الوظائف :

(أ) صاحب المظالم : يدخل النظر فى المظالم فى ولاية القضاء . وكان الخليفة ينظر بنفسه فى مظالم الناس أو يفوض القاضى فى نظرها . وأول من خصص يوما للنظر فى المظالم هو الخليفة الأموى عبد الملك بن مروان ، وسار على هذه السنة كل الخلفاء من بعده حتى أيام المهـدى من بنى العباس . وبعد ذلك جرى الخلفاء على تفويض أمر المظالم الى شخص من ذوى الكفـاءة . ومع تفكك الدولة ضعفت سلطة الخليفـة واستقل حكام الأقاليم بها واستأثروا بنظر المظـالم (١) . والأصـل أنه يجوز لكل صـاحب ولاية عامة (الوزير أو أمير الاقليم) أن ينظر فى المظالم ولو لم يفوض فيها من الخليفة (٢) .

وفى بداية الأمر كانت ولاية المظالم متداخلة مع ولاية القضاء وفرعا منها . ومنذ نهاية القرن الأول الهجرى نظم القضاء وتحددت اختصاصاته كما نظمت ولاية المظالم وتحددت اختصاصاتهـا .

وولاية المظالم تجمع بين خصائص القضاء والتنفيذ معا ، ولذلك لا يسمى من يتولاها قاضيا بل يسمى صاحب المظالم أو ناظر المظـالم . ومجلس المظالم يضم بجانب متوليهـا كلا من : الأعـوان ، القضـاة ، الفقهاء ، الشهود ، الكتاب (٣) .

ويختص صاحب المظالم بنظر الأمور الآتية (٤) : تعدى الولاة على الرعية ، أجور العمال فيما يجبونه من الأموال ، تلاعب كتاب الدواوين بأموال الدولة ، تظلم أصحـاب الرواتب والعطـاء من نقص أو تأخير أرزاقهم ، رد الغصوب ، أى الأموال التى يغتصبها ذوو السـلطة من الناس ، أمور الأوقاف ، نظر أو تنفيذ ما عجز القضاة أو رجال الحسبة عن تنفيذه أو نظره .

---

(١) ابن خلدون ، المقدمة ، ص ٧٤١ .
(٢) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٧٧ .
(٣) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٧٧ .
(٤) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٨٠ ـ ٨٣ .

ومن الواضح أن ولاية المظالم تتشابه ، من بعض الوجوه ، مع نظام القضاء الادارى المعاصر ونظام المدعى الاشتراكى ومحكمة القيم . ولما كان الغرض منها مساءلة أصحاب النفوذ والسلطان من ولاة وعمال الدولة أو أفراد من ذوى السطوة اشترط الفقهاء فى من يتولاها أن يكون «جليل القدر ، نافذ الأمر ، عظيم الهيبة ، طاهر العفة ، قليل الطمع ، كثير الورع ، لأنه يحتاج فى نظره الى سطوة الحماة ، وثبت القضاء ، فيحتاج الى الجمع بين صفات الفريقين وأن يكون بجلالة القدر نافذ الأمر فى الجهتين » (١). ولذلك كانت رتبته أعلى من رتبة القــاضى .

ووالى المظالم لا يتقيد فى الاثبات بالقواعد التى يلتزم بها القــاضى فهو « أفسح مجالا وأوســع مقالا » أى يحكــم بمقتضى روح العــدل والانصاف ، ويترخص فى الاثبــات بالاعتداد على الأمارات والدلائل ويستطيع رد الخصوم ليفصــل فى النزاع بطريق التصالح ويستطيع أن يستدعى الشهود واحلافهم كما أن له حق تأديب من ظهر ظلمه (٢) .

(ب) صاحب الشرطة : تعتبر ولاية الشرطة من الولايات « الوظائف » الصغرى ويختص صاحبها بالنظر فى الجرائم والحدود : « وكان أيضــا النظر فى الجرائم واقامة الحدود فى الدولة العباسية والأموية بالأندلس والعبيديين بمصر والمغرب راجعــا الى صــاحب الشرطة . وهى وظيفة أخرى دينية كانت من الوظائف الشرعية فى تلك الدول ، توســع النظر فيها عن أحكام القضاء قليلا ، فيجعل للتهمة فى الحكم مجالا ، ويفرض العقوبات الزاجرة قبل ثبوت الجرائم ، ويقيم الحدود الثابتة فى محالها ، ويحكم فى القود والقصاص ويقيم التعزير والتأديب فى حق من لم ينته عن الجريمــة » .

وبتطور الزمن « انقسمت وظيفة الشرطة قســمين : منها وظيفــة التهمة (٣) على الجرائم واقامة حدودها ومباشرة القطع والقصــاص حيث يتعين ، ونصب لذلك فى هذه الدول حاكم يحكم فيها بموجب السياسة دون مراجعة الأحــكام الشرعية ، ويسمى تارة باسم الوالى وتارة باسم

(١) الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٧٧ .
(٢) انظر ، الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٨٣ — ٨٤ .
(٣) أى سلطة الاتهام ، وهى شبيهة بسلطة النيابة العمومية فى العصر الحديث .

الشرطة . وبقى قسم التعازير واقامة الحــدود فى الجرائم الثابتة شرعا فجميع ذلك للقاضى ... وصــار ذلك من توابع وظيفة ولايته واستقر الأمر بهذا العهد على ذلك » (١) .

(ج) المحتسب : تعتبر الحســبة احــدى الولايات (الوظـائف) الصغرى . وهى تقوم على الأمر بالمعروف اذا ظهر تركه ، والنهى عن المنكر اذا ظهر فعله . والراجح انهــا ظهرت كولاية مستقلة فى العصر العباسى ، وقبل ذلك كان يتولاها الخليفة بنفسه أو من يفوضه فيها . والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر واجب كفاية على كل المسلمين لقوله تعالى « ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » (ســورة آل عمران : ١٠٤) . « وقد كانت فى كثير من الدول الاســلامية مثــل العبيديين بمصر والمغرب والأمويين بالأندلس داخلة فى عموم ولاية القاضى يولى فيها باختيــاره ثم لما انفردت وظيفة السلطان (أى الوالى) عن الخلافة وصار نظره عاما فى أمور السياسة اندرجت فى وظائف الملك وأفردت بالولاية » (٢) . ويختص المحتسب بمراقبة الأســواق والطرقات ومنع الحمالين داخل السفن من الاكثــار فى الحمل والحكم على أهل المبانى المتداعية للسقوط بهدمها ، ويبحث عن المنكرات الظاهرة ويعزر ويؤدب على قدرها . « ولا يتوقف حكمه على تنازع أو استعداء ، بل له النظر والحكم فيما يصل الى علمه من ذلك ويرفــع اليه ، وليس له امضــاء الحــكم فى الدعاوى مطلقــا ، بل فيما يتعلق بالغش والتــدليس فى المعــايش وغيرها ، وفى المــكاييل والموازين ، وله أيضــا حمل المســاطلين على الانصــاف ، وأمثال ذلك مما ليس فيه سماع بينه ولا انفاذ حكم » (٣) . وفى أواخر عهد الدولة

---

(١) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٢ — ٧٤٣ . ابن تيمية : الحسبة فى الاسلام : ص ٨ .

ويذكر ابن خلدون أيضا فى مقدمته ص ٧٩٥ عن الشرطة « ويسمى صاحبها لهذا العهد بأفريقية (عى تونس الحالية) الحاكم ، وفى دولة أهل الاندلس صاحب المدينة وفى دولة الترك الوالى . وكان اصل وضعها فى الدولة العباسية لمن يتم أحكام الجرائم فى حالة استبدائها أولا ثم الحدود بعــد استيفائها . فان التهم التى تعرض فى الجرائم لا نظر للشرع الا فى استيفاء حدودها وللسياسة النظر فى استيفاء موجباتها باقرار يكرهه عليه الحاكم اذا احتفت به القرائن لما توجبه المصلحة العامة فى ذلك » .

(٢) مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٦ .

(٣) انظر مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٨٢ .

العثمانية (كما يذكر لنا الجبرتى جـ ٢ ص ٤٤) « ان وظيفة المحتسب كانت من الوظائف الهامة ، وقد كان يسمى بأمين الاحتساب ، وكانت له سلطات واسعة فى مراقبة المراكب وفرض التسعير واختيار الاطباء ومعلمى الاطفال وغير ذلك من الاختصاصات » .

وبالنظر الى أن الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر من فروض الكفاية وجب على كل المسلمين القيام بهما ، فان تعين فى شخص (المحتسب) يكون فرض عين عليه . ومن هنا وجبت التفرقة بين المحتسب المتطوع والمحتسب الموظف . فالثانى يجوز له اتخاذ الأعوان ويجب عليه البحث عن المنكرات الظاهرة ويأمر بالكف عنها وله أن يعزر المخالفين ، أما المتطوع فليس له شىء من ذلك (١) .

(د) الحاجب : تطورت وظيفة الحاجب ، فبعد أن كان هذا اللقب يطلق ، فى الدولتين الأموية والعباسية ، على من يحجب السلطان عن العامة ، أصبح يدل على وظيفة هامة فى بعض البلاد الاسلامية مثل مصر فى عهد المماليك ، فقد اضطلع باختصاص قضائى ، « وأما دولة الترك بمصر فاسم الحاجب عندهم الحاكم من أهل الشوكة وهم الترك : ينفذ الأحكام بين الناس فى المدينة ... وللحاجب الحكم فقط فى طبقات العامة والجند عند الترافع اليهم واجبار من أبى الانقياد للحكم » (٢) . وقد تطور اختصاص الحاجب فى عهد المماليك فأصبح ، على حد تعبير المقريزى (٣ ، ٣٥٧) « يحكم فى كل جليل وحقير من الناس » . وأصبح أيضا « يحكم فى مسائل الديوان والتجار بوجه خاص . وهو يحكم فيها لا وفقا للشرع ولكن وفقا للسياسة وقد طبق الحجاب بالفعل فى هذا العهد القوانين الوضعية التترية التى عرفت باسم الياسة (المقريزى ٣ : ٣٠٠) (٣) .

ويبين لنا مما تقدم أن بعض الأمور وثيقة الصلة بالقضاء قد خرجت من اختصاص القضاة وأفرد لها وظائف خاصة بها ، مثل المظالم والحسبة والحجابة والشرطة ، وأنه جرى التمييز فيما يطبقونه من أحكام بين ما هو مقرر شرعا ، أى ما هو مقرر فى أحكام الشريعة الاسلامية ،

(١) انظر ، الماوردى ، الاحكام السلطانية ، ص ٢٤٢ .

(٢) انظر ، مقدمة ابن خلدون ، ص ٧٤٧ .

(٣) انظر : شفيق شحاته . تاريخ حركة التجديد فى النظم القانونية فى مصر منذ مطلع القرن التاسع عشر : القاهرة ، ١٩٦١ ، ص ٤٣ .

وما تقرر سياسة ، أى بمقتضى المصلحة العامة وقواعد العدل والانصاف .
وهــذه تسمى عادة بالقوانين . غير أن هــذه القوانين التى جرى العمل
عليها ــ أخذا بمبدأ السياسة الشرعية ــ كانت مصــدرا مكملا للفقه
الاسلامى وكانت تصــدر عادة فى المســائل التى لا نص عليها فى كتب
الفقه . ولذلك كانت أقرب الى المراسيم بقوانين منها الى التشريعات ،
ووجدت مجالها الفعلى فى القانون الادارى وفى القانون الجنائى ولم يكن
لها أثر فى القانون المدنى (١) .

§ ٣ ــ التشريع بطريق غير مباشر

عدم الزام الناس برأى فقهى معين : جرى الخلفاء والولاة ، فى بادىء
الأمر ، على عدم الزام النــاس بالتقيد برأى معين من آراء المجتهدين ،
واستمر نفس المسلك سائدا بعد ظهور المذاهب الاســلامية الكبرى .
غير أن هذا الاتجاه تغير بعد قفل باب الاجتهاد اذ تشيع بعض الخلفــاء
والحكام لبعض المذاهب . وفى عهد الخــلافة العثمانية ظهر اتجاه نحو
الزام الناس ليس فقط بالراجح من أقوال المذهب الحنفى ، بل تعداه
الى الزامهم بالرأى الذى يختاره الخليفة من بين آراء المذهب ولو كان
رأيا مرجوحا . ثم ظهر اتجاه نحو تقنين بعض الأحكام المختارة من المذاهب
المختلفة دون التقيد بمذهب معين . وهذا الاتجاه هو السائد الآن فى
كل البلاد الاســلامية ومنها البلاد العربيــة .

وقد ارتبط التشريع بمقتضى السياسة الشرعية بتطور حركة تدوين
الفقه الاسلامى . فقد سبق القول أن أصول الشريعة الاسلامية تقضى
بأن التشريع لله ولرسوله ، ومن ثم ليس للخلفــاء ولا لولاة الأمور أن
يشرعوا انمــا لهم أن يجتهــدوا اذا توافرت فيهم شروط الاجتهــاد .
وقد حدث بالفعل أن اجتهد الخلفاء الراشدون فى كثير من المســائل ،
وتركوا ثروة قيمة من هذه الاجتهادات ، وقد اختلفت آراؤهم فى بعض
المســائل . غير أن أيا منهم كان لا يذهب الى حد الزام النــاس برأيه

---

(١) من هذا الرأى : شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية فى قوانين
البلاد العربية ، القاهرة ، ١٩٦٠ ، ص ١٠٣ ، محمصانى ، الاوضاع التشريعية
ص ١٥٦ .

وحملهم على الأخـذ به لاحتمال الخطأ فيما ذهب اليه من رأى (١) •
وظل الحال كذلك بعد عهد الخلفاء الراشـدين حتى قفل باب الاجتهاد في القرن الرابع الهجرى • وبالرغم من تحول الخلافة الى ملك عضود وابتعاد بعض الخلفاء ، منذ عهد الدولة الأموية ، عن سنة السلف الصالح ، وعـدم توفر شروط الخلافة فيهم ، ومنها شرط العـلم أى أن يكون مجتهدا (٢) • وبالرغم من فوضى الاجتهـاد بالنظر لتصـدى الكثيرين للفتوى ، وتضارب الآراء وتعددها لم يحدث تدوين رسمى للأحـكام الفقهية ولم يجبر الناس على اتباع رأى فقهى معين سـواء قبل ظهور المذاهب الاسلامية أم بعد ظهورها وانتشارها حتى قفل باب الاجتهاد مع أن بعض المحاولات قد بذلت في هذا السبيل كما سنرى حالا •

فشل محاولة التقنين : ظهر اتجاه منذ القرن الثانى الهجرى نحو تقنين أحكام الشريعة وحمل الناس على هذا التقنين • من ذلك ما حدث في عهد أبى جعفر المنصور (٣) في القرن الثانى الهجرى حينما اقتـرح عليه ابن المقفع (٤) أن يلزم النـاس بالسـير على رأى واحـد يرتضيـه

---

(١) يروى عن الخليفة عمر انه رأى رايا في مسألة معينة فكتب كاتبه « هذا ما راى الله وراى عمر ، فقال له : بئسما قلت : هذا ما رأى عمر ، فان يكن صوابا فمن الله وان يكن خطأ فمن عمر ثم قل : السنة ما سن الله ورسوله ، لا تجعلوا خطأ الراى (يقصد ما يراه من رأى لانه يحتمل الخطأ والصواب) سنة للامة » .. انظر محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٣٣ .

(٢) انظر في شروط الخلافة وتحولها الى ملك ، مقدمة ابن خلدون ، ص ٦٨٦ — ٧١٨ .

(٣ و ٤) ولد المنصور عام ٩٥ هـ وتوفى عام ١٥٨ هـ (٧١٣ — ٧٧٥ م) وتولى الخلافةوبنى مدينة بغداد عام ١٤٥ هـ . اشتهر عبد الله بن المقفع بتعريب كتاب كليلة ودمنة عن الفارسية ، وتوفى ما بين ١٤٢ — ١٤٥ هـ . (٧٥٩ — ٧٦٢ م) وكتب رسالة معروفة باسم اليتيمة أو « رسالة الصحابة في طاعة السلطان » وقد جاء فيها : « ومما ينظر أمير المؤمنين فيه أمر هذين القطرين وغيرهما من الامصار والنواحى اختلاف هذه الاحكام المتناقضة الذى بلغ اختلافها أمرا عظيما في الدماء والاموال .. اما من يدعى لزوم السنة منهم فيجعل ما ليس له سنة حتى يبلغ ذلك به ان يسفك الدم بغير بينة ولاحجة على الامر الذى يزعم انه سنة ... وانما من يأخذ بالراى فيبلغ به الاعتزام عن رايه ان يقول في الامر الجسيم من امور المسلمين قولا لا يوافقه عليـه احد من المسلمين ... وهو مقر انه راى منه لا يحتج بكتاب ولا سنة . فلو راى أمير المؤمنين أن يأمر بهذه الاقضية والسير المختلفة ، فترفع اليه في كتاب ويرفع معها ما يحتج به كل قوم من سنة او قياس ثم نظر أمير المؤمنين في ذلك ، وأمضى في كل قضية رايه الذى يلهمه الله ويعزم له عليه ، وينهى

الخليفة ، ومن ذلك أيضا ما اتجه اليه أبو جعفر المنصور والرشيد من بعده ، فقد عرض الخليفة المنصور على الامام مالك حينما ذهب الى مكة لأداء فريضة الحج عام ١٤٨ ثم عام ١٥٨ أن يحمل الناس على مذهبه ، فكتب مالك كتابه الموطأ فى الحديث ولكنه رفض أن يقبل الزام الناس بمذهبه ، ورفض ذلك أيضا فى عهد هارون الرشيد حسبما تذكر الروايات . وسبب هذا الرفض هو خوفه من ارتكاب خطأ فى الاجتهاد وحمل الناس على اتباع هذا الخطأ . ولذلك اختلف الفقهاء فى تولية القضاء بشرط الحكم بمذهب معين ، فقد ذهب بعضهم الى أن هذه التولية باطلة . وذهب البعض الآخر الى أنها صحيحة ولكن الشرط فاسد (١) .

مرحلة التشيع للمذاهب الاربعة دون غيرها : أدى ركود الفقه الاسلامى فى عصر تفكك الدولة العباسية وضعفها الى اعتماد الفقهاء على مؤلفات أئمة المذاهب الكبرى ، وتشيع كل فقيه لآراء أئمته وتقليدهم ، وفضلا عن ذلك لم يوضع نظام يكفل قصر الاجتهاد على من هم أهل له فظل باب الاجتهاد مفتوحا يطرقه كل طارق مما

= عن القضاء بخلافه ، وكتب بذلك كتابا جامعا عزما ، لرجونا ان يجعل الله هذه الاحكام المختلطة الصواب بالخطأ حكما واحدا صوابا ، ورجونا أن يكون اجتماع السير قربة لاجماع الامر برأى امير المؤمنين وعلى لسانه ، ثم يكون ذلك من أمام آخر الدهر ان شاء الله » . غير ان هذا الاقتراح لم يؤخذ به وظل الحال على ما كان عليه . انظر : محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٨ — ١٥٩ ، كرد على ، الاسلام والحضارة العربية ، جـ ٢ ، ص ٩ .

(١) انظر : محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

حاول السلطان محمد أورنك زيب بهادر عالمكير ، احد ملوك المغول فى الهند فى القرن الحادى عشر الهجرى (السابع عشر الميلادى) ، تجميع الفقه الحنفى وتسهيل الرجوع اليه ، فالف لجنة من مشاهير العلماء فى الهند لذلك الغرض . وانتهت اللجنة الى وضع كتاب يعرف باسم « الفتاوى الهندية » كما يعرف أيضا باسم « الفتاوى العالمكيرية » نسبة الى السلطان عالمكير ، ويقع هذا الكتاب فى ستة أجزاء ، جمعت فيها اللجنة الامور المتفق عليها من كتب ظاهر الرواية وما تلقاه العلماء بالقبول من كتب النوادر . وهذا الكتاب ليس تقنينا فى مواد على غرار المدونات الحديثة ، بل هو مرجع فقهى يضم كثيرا من الامور المتعلقة بالعبادات والمعاملات الحقيقية منها والمفترضة وشرح الرأى المختار للفتوى فى كل منها . وبالرغم من أنه لم تكن له صفة الالزام الا أنه ما زال يعد من الكتب المعتمدة فى الفقه الحنفى . أنظر ، صبحى محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٥٩ — ١٦٠ .

أدى الى تضارب الآراء وتعددها فى المسألة الواحدة . كل ذلك دفع بأهل العلم والفقه الى سد باب الاجتهاد عن طريق الاجماع الضمنى منذ أواخر القرن الرابع الهجرى فعم الجمود ووقفت الملكات الفقهية .

وقد ظهرت ظاهرة التشيع لبعض المذاهب حتى قبل قفل باب الاجتهاد . ففى صدر الدولة العباسية كان لقضاة المذهب الحنفى السبق على غيرهم بعد تولى أبى يوسف منصب قاضى قضاة بغداد الأمر الذى أدى الى انتشار هذا المذهب . كما كان للشافعية السبق على غيرهم فى مصر بالنظر لأن هذا المذهب ظهر فى مصر ، وكان للمالكية الصدارة فى المغرب .

وبعد قفل باب الاجتهاد التزم القضاة بالرجوع الى المؤلفات الفقهية فى المذاهب المختلفة . وكان كل قاض يحكم فى النزاع المعروض عليه وفقا لاراء أئمة مذهبه ، ولم يلزمهم الخلفاء ولا الولاة بالتقيد بمذهب معين . ففى عهد الدولتين الطولونية (٢٥٤ — ٢٩٢هـ) والأخشيدية (٣٢٣ — ٣٥٨هـ) كان القضاه يعينون من المذاهب الأربع الكبرى وان كان معظمهم من الشافعية (١) .

استتبع تعدد المذاهب تعدد القضاة على مذاهب السنة الأربعة . وكان كل قاض — بعد سد باب الاجتهاد — يلتزم بالرجوع الى مذهبه وتطبيقه فى النزاع المعروض عليه . غير أنه لم يصدر من ولى الأمر ما يلزم القاضى بتطبيق مذهب معين . وفى ظل هذا النظام ظل الناس احرارا فى اتباع المذهب الذى يروقهم ،ولذلك ظل المدعى بالخيار بين رفع دعواه أمام أى قاض من قضاة المذاهب الأربعة .

مرحلة التشيع لمذهب واحد والزام الناس به : تبدل الحال كلية فى عهد الدولة الفاطمية (٣٥٨ — ٦٥٤هـ) فأنشأوا وظيفة قاضى القضاة لأول مرة فى مصر ، وكان يختار من فقهاء الشيعة الاسماعيلية ونشروا هذا المذهب فى مصر والمغرب ، فقصروا وظائف الدولة على أتباع المذهب الاسماعيلى واضطهدوا فقهاء السنة وألزموا القضاة بالحكم طبقا لأحكام هذا المذهب . وفى أواخر عهدهم عاد نظام تعدد المذاهب وتعيين قاض لكل مذهب من المذاهب المعترف بها وهى : المذهب

---

(١) أنظر ، شفيق شحاته ، تاريخ حركة التجديد ، ص ٤٢ .

الشيعى الاسماعيلى ، الشيعى الامامى ، الشافعى ، المالكى . وفى أواسط القرن الخامس الهجرى أمر المعز بن باديس بن يوسف بحمل الناس على مذهب الامام مالك (١) . ولما زالت دولة الفاطميين وخلفهم فى الحكم الأيوبيون (٥٦٦ — ٦٤٨هـ) وجهوا همهم نحو محاربة الشيعة، وعاد القضاء للشافعية وفى بعض الحالات كان فى أيدى قضاة من مذاهب السنة الأربعة . وفى عهد المماليك (٦٤٨ — ٩٢٢هـ) أصبح القضاة على مذاهب السنة الأربعة وكان لا يولى وظيفة القضاة أو التدريس الا من كان مقلدا لأحد هذه المذاهب الأربعة (٢) .

وقد تبدل الحال تماما فى عهد الدولة العثمانية فقد ألزم العثمانيون الناس باتباع مذهب أبى حنيفة . ففى صدر الدولة العثمانية كان القضاء على المذاهب الأربعة ، غير أن العثمانيين كانوا من اتباع المذهب الحنفى، ولذلك كانوا يعينون شيخ الاسلام من الأحناف وكان هو بدوره يصدر الفتاوى طبقا للمذهب الحنفى ، فكان العمل يجرى فى الواقع على المذهب الحنفى . وقد تحول هذا الواقع الى التزام قانونى بعدما أصدر السلطان سليم الأول (١٥١٢ — ١٥٢٠م) تاسع الخلفاء العثمانيين ، فرمانا جعل بمقتضاه المذهب الحنفى هو المذهب الرسمى فى الدولة العثمانية وعليه يصير القضاء والفتوى فى المعاملات ، غير أنه ترك للناس حرية الأخذ بالمذهب الذى يرتضونه فى أمور العبادات (٣) .
وقد طبق هذا الفرمان فى سائر أنحاء الدولة العثمانية ومن بينها مصر، وبذلك توحد المذهب فى كل البلاد العربية .

تدوين المذهب الواحد : نتج عن الزام الناس والقضاء باتباع المذهب الحنفى فى العهد العثمانى أن توحد القضاء كما توحد القانون (الرأى الراجح فى المذهب الحنفى) . غير أن تعدد الآراء التى تنسب

---

(١) محمصانى ، الاوضاع التشريعية ، ص ١٧٧ .

(٢) أنظر : القلقشندى (توفى عام ٨٢١ هـ ، ١٤١٨ م) فى كتابه صبح الأعشى ، النسخة المصورة عن المطبعة الاميرية ، نشرتها وزارة الثقافة والارشاد القومى ، جـ ٤ ص ٣٥ « ثم استقر الحال فى أيام الظاهر بيبرس فى سنة ٦٢٣ هـ على أربعة قضاة من مذاهب الائمة الاربعة : الشافعية ومالك وابى حنيفة واحمد بن حنبل » .

(٣) يجرى العمل حتى الآن فى المملكة العربية السعودية على تطبيق الراجح فى مذهب احمد بن حنبل .

الى المذهب الحنفى دفع الخلفاء العثمانيين الى تخير قول واحد من أقوال فقهاء المذهب اذا تعددت آراؤهم فى مسألة معينة والزام الناس به .

اعتمد سلاطين آل عثمان على مبدأ السياسة الشرعية فى اصدار قوانين وأوامر فيما لم يرد فيه نص فى الشريعة ، كما اعتمدوا على ذات المبدأ فى تبنى مذهب فقهى بعينه أو رأى فقهى من مذهب معين . وقد صاغت مجلة الأحكام العدلية هذا المبدأ بقولها (م١٨٠١) « لو صدر أمر سلطانى بالعمل برأى مجتهد فى مسألة ، لأن رأيه بالناس أرفق ولمصلحة العصر أوفق ، فليس للحاكم (القاضى) أن يعمل برأى مجتهد آخر منـاف لرأى ذلك المجتهد واذا عمل فلا ينفذ حكمه » وكانت القوانين الصادرة فى الدولة العثمانية نافذة فى كل البلاد العربية عـدا مصر والمغرب والجزيرة العربية .

وانطلاقا من هذا التصور بدا خلفاء آل عثمان فى أصدار تشريعات لتنظيم الأمور المالية والادارية والدواوين الحكومية . وكانت تعرف باسم « قانون نامه » تمييزا لها عن الشرع الحنيف . وكانت تصدر فى شكل « الفرمان أو الخط الشريف أو الخط الهمايونى أو الارادة السنية » . وتعرضت فى حالات نادرة لنظم القانون الخاص ، اكتفـاء بما هو موجود فى كتب الفقه والفتاوى المكملة من شيخ الاسـلام بناء على طلب السلطان . وأول تشريع صدر من آل عثمان هو قانون نامه الذى أصدره السلطان محمد الفاتح بعد فتح القسطنطينية ببضـع سـنوات (حوالى ١٤٥٥) تضمن تنظيما للادارة وأحكاما متعـلقة بالعقوبات . ثم توالت القوانين نامه فى عهد خلفائه وكانت كلها تعتمد على الشريعة والعرف الجارى . وتغير الحال كلية فى القرن التاسع عشر حينمـا بدأ الاقتباس والنقل عن القوانين الأوربية ــ كما سـنرى فى الباب الرابع من هذا الكتاب .

وسنقتصر هنا على بيان أهم التقنينات المأخوذة عن الشريعة . ومن أقدمها « قانون نامه » محمد الفاتح سالف الذكر . وقانون نامه محمد الثانى فى خصوص توزيع سندات التصرف فى الأراضى الأميرية . وفى هذا الصدد اشتهر السلطان سليمان الأول (١٥٢٠ ــ ١٥٦٦) بمـا أصدره من تشريعات لدرجة لقب معها بسليمان القانونى . وقد تم جمع

ما اصدره من تشريعات فى مجموعة عرفت باسمه • وقد صدر هـذا القانون ذامه عام ١٥٥٠ واشتمل على تنظيم للمسائل الادارية والمالية وبعض العقوبات • كما ظهرت فى عهد السلطان سليمان أيضا مجموعة عرفت باسم « معروضات أبو السعودى أفندى » نسبة الى « آبو السعود ابن محمد بن مصطفى العماد (٨٩٨ — ٩٨٢هـ ١٤٩٣ — ١٥٧٤م) شيخ الاسلام فى الدولة العثمانية ، وهى تشمل مجموع ما أصدره من فتاوى (١) • وفى النصف الثانى من القرن التاسع عشر صدرت عدة قوانين لتنظيم ملكية الأراضى مستمدة بصفة أساسية من الشريعة أشهرها قانون الأراضى الصادر عام ١٨٥٨ •

وبلغت حركة التقنين لأحكام الشريعة ذروتها بصدور « مجلة الأحكام العدلية »(٢) بين عامى ١٨٦٩ و١٨٧٦ • وكان صدورها حدثا هاما فى تاريخ الشريعة الاسلامية ، وطبقت فى سائر اجزاء الدولة العثمانية عدا مصر (٣) ، وظلت مطبقة بها حتى بعد استقلالها الى أن استبدلت بها التقنينات الحديثة (مثل سوريا ولبنان والأردن والعراق ••• الخ) ، كما طبقت على كل رعايا الدولة العثمانية من مسلمين وغير مسلمين •

---

(١) ناط السلطان سليمان بالشيخ أحمد الحلبى (توفى عام ٩٥٦ هـ — ١٥٤٩ م) • وضع كتاب فقهى يسهل الأطلاع عليه ، فصنف كتابا أسماه « ملتقى الأبحر » تضمن خلاصة المسائل الواردة فى متون الحنفية الشهيرة وهى : القدورى ، المختار ، الوقاية ، الكنز • ومازال يعتبر من الكتب المعتمدة فى الفقه الحنفى • وقام بشرح هذا الكتاب محمد بن سليمان المعروف ب « داماد أفندى » (توفى ١٠٧٨ هـ • ١٦٦٧ م) فى شرح عرف باسم «مجمع الانهر»،كما قام بشرح ملتقى الابحر ايضا محمد علاء الدين الحصكفى (توفى عام ١٠٨٨ — ١٦٧٧م) •فى كتاب يسمى«الدر المنتقى شرح الملتقى » • وهذان الشرحان مازالا يعتبران من الكتب المعتمدة فى الفقه الحنفى • ولكن كل هذه الكتب لايدخل فى عداد التقنين الرسمى الألزامى ، بل هى — مثلها فى ذلك مثل الفتاوى الهندية — مراجع علمية معتمدة لتسهيل فهم الفقه الحنفى بعدما أصبح المذهب الحنفى هو المذهب الرسمى للدولة •

أنظر ، صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعة ، ص ١٨٣ — ١٨٤ ، شفيق شحاته ، الأتجاهات التشريعية ، ص ١٥ وما بعدها •

(٢) أنظر : صبحى محمصانى ، الأوضاع التشريعية ، ص ١٩٦ ، شفيق شحاته ، الاتجاهات التشريعية ، ص ١٩ •

(٣) بالرغم من تبعية مصر للدولة العثمانية الا انها استقلت عنها فى خصوص التشريعات فكان لها قوانينها الخاصة بها اذ طبقت القوانين المختلطة الصادرة عام ١٨٧٥ ثم القوانين الاهلية عام ١٨٨٣ •

انتشرت حركة التقنين فى أوربا بعدصدور قانون نابليون فى أوائل القرن التاسع عشر • وقد تأثرت الدولة العثمانية بهذه الحركة فشكلت عام ١٣٨٦ (١٨٦٩) لجنة من سبعة علماء برئاسة أحمد جودت باشا ناظر ديوان الأحكام العدلية عرفت باسم « جمعية المجلة » لوضع كتاب فى المعاملات الشرعية • وانجزت اللجنة عملها فى سبع سنوات فيما بين عامى ١٢٨٦ (١٨٦٩) و ١٢٩٣ (١٨٧٦) ونشر عملها تباعا حسب انجازها بارادات سنية متفرقة ، وعرف هذا النشر فى مجموعه باسم « مجلة الأحكام العدلية » التزمت المحاكم فى الدولة العثمانية بتطبيقها. وقد وضعت المجلة على النسق الحديث فى التقنين فأخذت شكل مواد بلغ مجموعها ١٨٥١ مادة مقسمة الى مقدمة وستة عشر كتابا • وتتألف المقدمة من ١٠٠ مادة تكلمت أولاها عن تعريف علم الفقه وتقسيمه والباقى فى القواعد الكلية • واختصت بعض الكتب بتفصيل أحكام العقود كالبيع والايجار والكفالة والرهن والأمانة والهبة والشركة والوكالة والصلح والابراء والحوالة وبعض الكتب تكلم عن الشفعة والحجر والاكراه والاتلاف والنصب ، وخصص كتاب لكل من الدعوى والقضاء ، الاقرار والبينات والتحليف • ولم تخصص المجلة كتابا للنظرية العامة للالتزامات لأن الفقهاء المسلمين لم يضعوا لها نظرية عامة اكتفاء بأحكام العقود •

واقتصرت المجلة على تقنين أحكام المعاملات ولم تتعرض للعبادات، كما أنها لم تتعرض للأحوال الشخصية من زواج وطلاق وغيره بالنظر لارتباط هذه الموضوعات بالعقيدة الدينية وتباين أحكامها بين المسلمين وغير المسلمين تبعا لتباين العقائد • واعتمدت المجلة على كتب ظاهر الرواية فى المذهب الحنفى باستثناء بعض الحالات التى أخذت فيها برأى الفقهاء المتأخرين • وأصبحت المجلة محل شرح وتعليق العلماء • كما تعدلت بعض أحكامها فى تواريخ لاحقة •

مرحلة الاختيار من المذاهب المختلفة : بالرغم من أن المذهب الحنفى أصبح هو المذهب الرسمى للدولة العثمانية وبالرغم من أن تقنين مجلة الأحكام فى المذهب الحنفى فيما لم يصدر فيه تشريع ، بالرغم من ذلك فانه ظهر اتجاه نحو عدم التقيد بمذهب واحد وجواز الاختيار من كل المذاهب بما يحقق الصالح العام • وهذا الاتجاه يتمشى مع الرأى الذى يبيح للمقلد لمذهب من المذاهب أن يأخذ برأى مذهب آخر فى احدى

المسائل اذا تبين له أن هذا الرأى الآخر أكثر تحقيقا للصالح العام ولظروف العصر (١) .

وقد تغلب هذا الاتجاه فى الدولة العثمانية بصدور « قانون حقوق العائلة » عام ١٩١٧ الذى يتضمن أحكام الزواج والفرقة للمسلمين والمسيحين واليهود كل بحسب شريعته وملته ، وبصدوره ألغيت المحاكم الروحية التى كانت تشكل من رجال كل ملة بعيدا عن الدولة . وهذا القانون التزم بالنسبة للمسلمين المذهب الحنفى الا أنه أخذ ببعض الأحكام من المذاهب الأخرى . فأخذ عن المذهب المالكى نظام الفرقة بين الزوجين بسبب الشقاق والنزاع بناء على طلب أحدهما ، كما أخذ عنه حق زوجة المفقود فى طلب الفرقة . وأخذ عن الشافعى قاعدة عدم تزويج المجانين ، وأخذ عن ابن شبرمة وابى بكر الأصم الحكم الذى يقضى بعدم جواز تزويج الصغار .

وهذا الاتجاه هو السائد فى البلاد العربية الآن . فقد أصدرت عدة تشريعات لا تتقيد فيها بالمذهب الحنفى وحده بل أخذت عن المذاهب الأخرى . ومن أمثلة ذلك ما حدث فى مصر فقد نصت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الصادرة عام ١٩١٠ على العمل بأرجح الأقوال فى المذهب الحنفى . ولكن هذا المسلك تعدل بالقانونين الصادرين عام ١٩٢٠ وعام ١٩٢٩ فقد أخذا عن مذهبى مالك والشافعى وغيرهما فى بعض الأمور منها : العدة ، المفقود ، الطلاق للغيبة ، دعوى النسب ، سن الحضانة ، وكذلك فعل القانون الصادر عام ١٩٧٩ ، ومن بعده القانون الصادر عام ١٩٨٥ ، الذى أعطى للزوجة حق طلب الطلاق اذا ما تزوج زوجها ثانية دون موافقتها . ونفس المسلك أخذ به المشرع المصرى فى تقنين أحكام المواريث عام ١٩٤٣ الذى أخذ عن المذاهب الأخرى غير الحنفى بعض الأحكام مثل : اختلاف الجنسية أو الدار لا يعد مانعا من الارث ، الجد الصحيح لا يحجب الاخوة والاخوات من الارث بل يشاركهم . وكذلك الخال

---

(١) انظر ما قبله، ص ٢١٧ .

فى الوصية بموجب القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الذى أجاز الوصية لوارث فى حدود الثلث نقلا عن المذهب الجعفرى كما أخذ بالوصية الواجبة نقلا عن المذهب الظاهرى وكذلك الحال حينما صدر قانون الوقف عام ١٩٤٦ وتعديلاته عامى ١٩٥٢ ، ١٩٦٠ ... الخ .

مرحلة النقل عن القوانين الأجنبية : بدأت هذه المرحلة منذ منتصف القرن التاسع عشر فى الدولة العثمانية ، وفى تواريخ لاحقة فى البلاد العربية بعد استقلالها . وهو ما سنعرض له بالتفصيل فى الباب الرابع من هذا الكتاب .

خاتمة البـاب الأول

تبين لنا مما تقدم مدى غنى وخصوبة مصادر الفقه الاسلامى ومدى مرونتها وقدرتها على مواجهة تطورات المجتمع • فالشريعة بالرغـم من مصدرها السماوى سواء فى الكتاب أو السنة ، الا أن القواعد القانونية وردت فى هذين المصدرين فى صورة عامة وكلية باستثناء بعض الأحكام التفصيلية فى الحدود والمواريث فضلا عن قلة عدد آيات الأحكام والأحاديث التشريعية المتواترة • ونتج عن ذلك اتساح المجـال أمام الأدلة العقلية الاجتهادية المتعددة فضلا عن الاعتداد بالعرف الذى لايعارض نصامن نصوص الكتاب والسنة مماأضفى على الشريعةمن الحيويةوالتجدد ماجعلها قادرة على حكم البيئات الجـديدة وما ظهر بها من أوضـاع اجتماعية واقتصادية مختلفة عما كان عليه الحال فى الجزيرة العربية •

ومن الأهمية بمكان أن نوضح أن النصوص قطعية الثبوت والدلالة محدودة العدد فى الشريعة ، أما الكثرة الغالية من أحكامها فقد تكونت عن طريق الاجتهاد الفقهى والقضائى • وقد تبين لنا الى أى حد أحترم الصحابة والتابعون وائمة المذاهب مبدأ حرية الاجتهاد وتقبلوا بصدر رحب أختلاف الرأى ، وقد كانوا جد حريصـين على الالتزام بالأحكـام الواردة فى النصوص قطعية الثبوت والدلالة ، كما كانوا حريصين على حرية الاجتهاد فى الأحكام الاجتهادية سواء بسبب ظنية ثبوتها أم ظنية دلالتها وما يترتب على ذلك من جواز تغير الأحكام بتغير الزمان ، وكثيرا ما أختلف الرأى بين الصحابة أنفسهم وبين الأئمة مؤسسى المذاهب الاسـلامية الكبرى وتلاميذهم من بعدهم بل اختلف المتأخرون عن السابقين أتباع المذهب الواحد • واذا كان السابقون قد وجدوا فيما خلفه الصحابة والتابعون وأئمة الذاهب وتلاميذهم ما يكفيهم لمواجهـة تطورات المجتمع الزراعى

الذى عاشوه حيث تسير الحياة على نمط واحد ويندر أن تجد أحداثا لاحكم لها فى كتب السابقين ،.ولذلك لم يجدوا حرجا فى سد باب الفقهاء. الا أن الوضع تغير الآن فى عصر الصناعة والتكنولوجيا حيث يتطور المجتمع بسرعة تصعب ملاحقتها وتجد احداث اجتماعية واقتصادية لا حكم لها فى كتب السابقين الأمر الذى يحتم فتح باب الاجتهاد والاعتماد على مصادر الشريعة الأصلية منها والتبعية لاستنباط الأحكام المناسبة للأوضاع الاجتماعية والاقتصادية الجديدة . وهذه المصادر قادرة على أن تمدنا بما نحتاج اليه من أحكام . وبذلك تسقط حجة الرافضين لتطبيق الشريعة فى المجتمع المعاصر تأسيسا الى قدم العهد بأحكام الفقه الاسلامى . وفى التقنينات التى اعدتها لجان مجلس الشعب وانتهت منها فى يونية عام١٩٨٣ ما يقطع بصلاحية الشريعة لحكم المجتمع المعاصر .

الباب الثانى

العلاقة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى

مبحث تمهيـدى

حلول الشريعة الاسلامية محل القانون الرومانى فى البلاد العربية

ذهب البعض الى القول بأن الشريعة الاسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى وانتهوا الى أنه لا تثريب على المشرع فى البلاد الاسـلامية فى الاقتباس بل والنقل عن القوانين الوضعية الحديثة المأخوذة عن القانون الرومانى ، مثل القانون الفرنسى • وقد فات هؤلاء أن الشريعة الاسلامية شريعة مستقلة قائمة بذاتها وأنها تكون جزءا لا يتجزأ من تراثنا الثقافى والفكرى •

سيادة الشريعة الاسلامية فى البلاد المفتوحة : كانت البلاد التى تكون ما يسمى الآن البلاد العربية تخضع وقت ظهور الاسلام لسلطان الرومان والفرس باستثناء بعض أقطار الجزيرة العربية • فالعراق وبعض أقطار الجزيرة العربية كانت تخضع لنفوذ الفرس ، وبقية البلاد العربية كانت جزءا من الامبراطورية الرومانية الشرقية التى كانت تسمى أيضا بالامبراطورية البيزنطية • وبعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام تابع المسلمون فتوحاتهم شرقا وغربا فطردوا الفرس من العراق ومن الجزيرة العربية وانتزعوا الشام ومصر وشمال أفريقية من أيدى الرومان ؛ ولم يكد ينتهى القرن السابع الميلادى الا وكانت كل البلاد العربية قد تخلصت من حكم الفرس والرومان ، وكون سكان هذه البلاد مع أبناء عمومتهم عرب الجزيرة دولة كبرى هى الدولة الاسلامية ، حيث انتشر الاسلام بينهم وحلت اللغة العربية بالتدريج محل اللغات المحلية ، كما حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الرومانى والقانون الفارسى والقوانين المحلية •

فلم يكد يمضى قرنان من الزمان حتى أصبح الاسلام هو دين الكثرة الغالبة من السكان وأصبحت اللغة العربية هى لغة التخاطب اليومية (١) .

ولم يقتصر أثر الفتح الاسلامى على استبدال لغة بلغة ودين بدين ، بل تعداه الى النواحى الاجتماعية والسياسية والقانونية والاقتصادية لأن الاسلام لا يقتصر على تنظيم الجوانب الروحية والأخلاقية للمجتمع بل هو تنظيم شامل للحياة فى جوانبها الروحية والمادية ، فقد جاء بتنظيم اجتماعى وسياسى واقتصادى وقانونى جديد يغاير كثيرا مما ألفه السكان من نظم فى هذه المجالات . وأصبحت الرابطة التى تربط بين جميع السكان هى الاسلام — كدين بالنسبة للمسلمين وكحضارة وثقافة بالنسبة لجميع السكان — وهى رابطة تجب ما عداها من روابط قبلية أو قومية أو محلية وتعلو روابط الجنس والدم . ولذلك قسم الفقهاء المسلمون العالم الى قسمين : دار الاسلام حيث تسود النظم الاسلامية ويخضع السكان لسلطان الاسلام ، ودار الحرب حيث تسود النظم غير الاسلامية ويخضع الناس لحكومات غير اسلامية . ولما كانت الشريعة الاسلامية تأخذ بمبدأ اقليمية القانون فانها أصبحت واجبة التطبيق داخل دار الاسلام أى على جميع سكان البلاد المفتوحة سواء فى ذلك من أسلم منهم ومن بقى على دينه ، ومن هنا كان القانون الواجب التطبيق فى الدولة الاسلامية هو أحكام الشريعة الاسلامية سواء فى علاقة المسلمين ببعضهم البعض الآخر أم فى علاقاتهم بغير المسلمين أم فى علاقة غير المسلمين ببعضهم البعض الآخر .

ولذلك قرر الفقهاء أن القاضى يلتزم بالحكم بين غير المسلمين بمقتضى أحكام الشريعة فقالوا « ان ترافعوا فيه الى حاكمنا (أى القاضى) حكم بينهم بما يوجبه دين الاسلام »(٢) .

غير أن الفقهاء أباحوا على سبيل الاستثناء أن يخضع الذميون فيما يتعلق بمسائل الزواج لشريعتهم كما أباحوا لهم التعامل فى الخمر والخنزير

---

(١) انظر فى انتشار الاسلام واللغة العربية فى البلاد العربية . كتابنا ، المجتمع العربى ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ٢٦٦ وما بعدها . كرد على ، الاسلام والحضارة العربية الجزء الأول .

(٢) الماوردى ، الأحكام السلطانية ، ص ١٤٠ .

اذا كان دينهم يبيح لهم ذلك. كما أجازوا لهم الاحتكام الى أشخاص من دينهم للفصل فيما يثور بينهم من منازعات اذا ما اتفق المتنازعون على ذلك أعمالا لقوله تعالى (سورة المائدة : ٤٢) « فان جاءوك فأحكم بينهم أو أعرض عنهم ، وان تعرض عنهم فلن يضروك شيئا ، وان حكمت فأحكم بينهم بالقسط ان الله يحب المقسطين » ولكن ذلك لا يعتبر من باب الاعتراف للذمى بولاية القضاء ، بل من قبيل التحكيم . ومن المعروف أن حق الالتجاء الى التحكيم معترف به أيضا للمسلمين فيما بينهم اذ يجوز للمتنازعين الاحتكام الى شخص ثالث . فاذا لم يتفق المتخاصمان من الذميين على اختيار حكم من دينهم للفصل فيما ثار بينهما من منازعات عاد الاختصاص الى القاضى المسلم وعليه أن يحكم بينهما وفقا لأحكام الشريعة . وقد عبر عن ذلك الماوردى بقوله « ... وقال أبو حنيفة يجوز تقليده (أى غير المسلم) القضاء بين أهل دينه وهذا وان كان عرف الولاة بتقليده جاريا فهو تقليد زعامة ورئاسة وليس تقليد حكم وقضاء وانما يلزمهم حكمه لالتزامهم له لالزومه لهم ولا يقبل الامام قوله فيما حكم به بينهم . واذا امتنعوا من تحاكمهم اليه لم يجبروا عليه وكان حكم الاسلام عليهم أنفذ » (١) .

وهكذا حلت الشريعة الاسلامية محل القانون الرومانى وغيره من القوانين التى كانت مطبقة فى البلاد التى فتحها المسلمون . وبالنظر الى أن معظم البلاد التى تعرف الآن بالبلاد العربية كانت خاضعة لسلطان روما ويطبق فيها القانون الرومانى . وفى هذا الوقت كان الرومان قد بلغوا شاوا بعيدا فى الحضارة والمدنية وكان القانون الرومانى قد جاوز مرحلة النضوج والاكتمال على خلاف الحال بالنسبة للعرب الذين كانوا ، وقت ظهور الاسلام ، يعيشون عيشة غليظة وبسيطة فلم تكن لهم مدنية تدانى مدنية وحضارة الرومان وكانت الشريعة الاسلامية فى دور التكوين . وبالنظر الى أنه من الأصول المسلمة فى العلوم الاجتماعية أن الحضارة الأدنى تأخذ عن الحضارة الأعلى وليس العكس، وأن الشريعة الأحدث تاريخا تأخذ عن الشريعة الأسبق تاريخا وليس العكس فان تلاقى الشريعة الاسلامية والحضارة الاسلامية مع القانون الرومانى والحضارة الرومانية فى أرض البلاد المفتوحة قد دفع بعض

---

(١) الأحكام السلطانية ، ص ٦٢ .

لستشرقين الى القول بأن الشريعة الاسلامية قد تأثرت بالقانون الرومانى سواء وقت نشأتها وتكوينها أم فى مراحــل نموهــا •

ونفس هذه الظاهرة قد تكرر حدوثها فى العصــور الوسطى حينما انتشرت الحضــارة الاســلامية فى أوروبا ، وبصفة خاصــة فى حوض لبحر الأبيض ، وكانت فى ذلك الحين قد وصلت الى مستوى أعــلى من مستوى حضارة أوروبا مما أثار التساؤل عن مدى تأثر العــادات والتقاليد القانونية فى أوروبا بالشريعة الاسلامية (١) • وســوف نقصر بحثنا على بيان مدى تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى لأن أثر الشريعة فى القوانين الأوروبية فى العصــور الوسطى والحــديثة يخرج عن نطــاق موضــوع الدراســة •

المقصود بالقانون الرومانى : يقصد بالقانون الرومانى ــ فى هــذا الصدد ــ القانون الذى كان مطبقا فى الأمبراطورية الرومانية الشرقية ، ويسمى أحيانا بالقانون البيزنطى • وقد اصطبغ هــذا القــانون بصبغة شرقية ومسيحية ظاهرة تميزه عن القانون الرومانى الأصيل الذى كان مطبقا قبل أوائل القرن الثــالث الميلادى • فالرومان جروا حتى أوائل القرن الثالث الميلادى على قصر تطبيق القانون الرومانى على ايطاليــا وعلى الرعايا الرومان الذين يعيشون خارجهــا فى نطــاق الامبراطورية الرومانية عملا بمبدأ شخصية القوانين • وتطبيقا لذات المبدأ ظلت بقية بلاد الامبراطورية الرومانية تطبق قوانينها المحلية • غير أن منح الجنسية الرومانية لجميع ســكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار بصــدور مرسوم الامبراطور كراكلا عام ٢١٢ أدى الى ضرورة تطبيق قواعــد

(١) انظر رسالتنا لنيل درجة الدكتوراه بالفرنسية عن تبعة هلاك المبيع فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية ، باريس ١٩٥٢ ، والمرجع التى أشرنا اليها .

انظر أيضا : عادل بسيونى ، سلطان الارادة فى العصر الوسيط ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، ١٩٧٦ ، ص ١٤٩ وما بعدها . حيث عدد مجالات تأثير الشريعة فى أسبانيا والقانون العرفى الذى سادها ، ومن امثلة ذلك : بعض نظم القانون العام ، بعض نظم القانون الخاص (شركة المضاربة ، عقد المزارعة ، الرهن ، السلطة الأبوية ، نظام الزواج والمواريث) .

القانون الرومانى والتخلى عن القوانين والعادات المحلية تطبيقا لمبدأ شخصية القانون • غير أن هذه الشعوب التى اكتسبت الجنسية الرومانية لم تترك قوانينها المحلية بل تمسكت بها مما أدى الى قيام صراع بين القانون الرومانى والقوانين المحلية مما اضطر الأباطرة الى السماح لهذه الشعوب ـ رغم أنهم أصبحوا من الرومان ـ بتطبيق قوانيهم المحلية طالما لا تتعارض مع قواعد النظام العام وحسن الآداب المقررة فى القانون الرومانى • وقد ترتب على ذلك تسرب كثير من النظم والتقاليد المحلية الى القانون الرومانى •

وقد ظهر أثر القوانين المحلية فى القانون الرومانى (١) فى ثلاثة اتجاهات : تعديل بعض النظم الرومانية بما يتلاءم مع القوانين المحلية، استحداث نظم جديدة كان يجهلها القانون الرومانى ، اندثار بعض النظم الرومانية لعدم العمل بها فى البلاد الشرقية لعدم ملاءمتها لما ألفته هذه البلاد من نظم قانونية • وحينما قننت أحكام القانون الرومانى فى عهد جستنيان (٢) فى النصف الأول من القرن السادس الميلادى كان هذا القانون شرقيا أكثر منه رومانيا لأنه قنن القانون المطبق فى عهده واستعان فى ذلك بكثير من أساتذة القانون فى مدارس القانون فى الشرق (القسطنطينية وبيروت) • وهذا القانون ـ الذى قننه جستنيان ـ هو الذى استمر مطبقا فى البلاد العربية حتى فتحها المسلمون •

اختلاف الرأى حول تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى :

احتل هذا الموضوع جانبا كبيرا من الأهمية من دراسات تاريخ القانون المقارن منذ اكتشاف الكتاب المعروف باسم « الكتاب السورى الرومانى Livre Syro-Romain » (٣) عام ١٨٦٢ على يد العالم « لاند Land » •

---

(١) انظر كتابنا : مبادىء تاريخ القانون ، ١٩٦٧ ، ص ٥٨٥ وما بعدها .

(٢) تضم مجموعات جستنيان ثلاث مجموعات رسمية هى : الدساتير codex وقد صدرت عام ٥٢٨ ، النظم institutiones وقد صدرت عام ٥٣٣ ، الموسوعة Digesta وقد صدرت عام ٥٣٣ .

(٣) كتب بالاغريقية حوالى عام ٤٧٦ — ٤٨٠ ثم ترجم الى السريانية حوالى عام ٧٥٠ ثم ترجم هذا الكتاب عن السريانية الى اللغة العربية فى عام ١١٠٠ ميلادية . وتطلق عليه بعض المخطوطات العربية اسم « قوانين الملوك المسيحيين المظفرين قسطنطين ، تيودور ، ليون » ويطلق عليه ابن الطيب (توفى عام ١٠٤٣ م) فى كتابه فقه النصرانية اسم « قوانين الملكين قسطنطين وليون » .

وقد انقسمت آراء المستشرقين الى رأيين ينـادى أقدمهما بأن الفقـه الاسلامى قد تأثر بالقانون الرومانى (١) ويذهب الرأى الثانى الى انكار هـذا التـأثير (٢) • وفى بادىء الأمر اتجه معظم المستشرقين الى تأييد الرأى الأول وتبعهم فى ذلك بعض رجال القـانون فى أوروبا • ومنهم الفقيه « لامبير Lambert » • وبعد ظهور العديد من الأبحاث حول هذا الموضوع سـواء من جانب المستشرقين أم غيرهم عدل فريق كبير من أنصار الرأى الأول عن رأيهم ، ولم يبق مؤيدا للرأى لأول سـوى قلة منهم • وبعض هؤلاء تطرف فى رأيه فقال بأن الفقه الاسلامى منقول عن القـانون الرومانى أما بعضهم الآخر فقد اعتدل فى رأيه وقال بأن الفقهاء المسلمين تأثروا بالقـانون الرومانى •

وقد سبقت لنا مناقشة هذا الموضـوع بالتفصيل فى بحث لنـا عام ١٩٥٦ (١) انتهينـا فيه الى أن الشريعة الاسـلامية نشأت مستقلة عن القانون الرومانى ولم تتأثر به فى أى مرحلة من مراحل تكوينها ونضوجها • وأوضحنـا أن السبب الرئيسى الذى دعا هؤلاء المستشرقين الى القول بتأثر الشريعة بالقـانون الرومانى يرجع بصفة أسـاسية الى أن معظم المستشرقين ليسوا من رجال القـانون فخدعتهم بعض مظاهر التشـابه بين القانونين وعجزوا عن التعمق فى دراسة دقائق النظم القانونية فيهما ، وتلقف كتاباتهم بعض رجال القـانون فى الغرب واعتمدوا عليها اعتمادا تاما بالنظر لجهلهم باللغـة العربيـة •

وقد اعتمد أنصار الرأى القـائل بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى على أمرين :

---

(١) منهم الايطالى كاروزى Carusi فى عدة ابحاث له ، الألمـانى جولد زيهر Golclziher الايطالى سـانتيلانا Santillana ، والفقيـه الفرنسى الكبير لامبر

(٢) منهم الايطالى نالينو Nallino ؛ والامريكى فيتزجيرالد Fitzegerald والانجليزى Wigmore فضلا عن أن بعض الكتاب العرب قد عالج بعض الموضوعات بصورة جزئية بصدد بحث موضوع معين : منهم على بدوى ، السنهورى وحشمت أبو ستيت ، شفيق شحاته ، عبد الرحمن حسن فى مقال له عن العلاقة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى .

(٣) أنظر كتابنا : بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، القاهرة ، ١٩٥٦ .

١ — تلاقى الشريعة مع القانون الرومانى فى البلاد المفتوحة فى وقت بلغ فيه القانون الرومانى أعلى مراحل نضوجه بينما كانت الشريعة الاسلامية فى دور التكوين فضلا عن أن البلاد المفتوحة كانت قد قطعت شوطا بعيدا فى الحضارة بالمقارنة بحالة عرب الجزيرة البسيطة مما أدى الى وجود علاقات اجتماعية واقتصادية لم يكن للعرب بها عهد ولم يكن فى الشريعة أحكام تفصيلية تحكم تنظيمها فمن المنطقى — من وجهة نظرهم — أن يتبنى المسلمون الأحكام التى كانت تطبق فى هذه البلاد المفتوحة •

٢ — التشابه الملحوظ (١) بين بعض القواعد الجزئية فى الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى يدل على تأثرها به •

تقسيم : سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول : ندرس فى أولها كيف تلاقت الشريعة الاسلامية [illegible]انون الرومانى ومدى تمكن الفقهاء المسلمين من الوقوف على نظم القانون الرومانى ، وسنرى أن الشريعة نشأت مستقلة عن القانون الرومانى ، ولذلك سنضع لهذا الفصل عنوان « النشأة الاستقلالية للشريعة الاسلامية » • وسنحاول فى الفصل الثانى عقد مقارنة بين مصادر وطرق تفسير القواعد القانونية فى الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ؛ وسنخصص الفصل الثالث لدراسة موجزة عن مدى اختلاف النظم والمبادىء القانونية فى الفقه الاسلامى والقانون الرومانى •

---

(١) يضربون أمثلة لذلك : النظام الضريبى ، الجزية ، الأرض الموات ، نظام الاقطاع ، مصادر القانون (الاجماع والقياس والاستحسان) ، قاعدة الولد للفراش ، آثار الزنا ، نظام العربون ، الرهن ، الاجارة ، السرقة ، الوقف والشفعة •

الفصل الأول

النشأة الاستقلالية للشريعة

لا يكفى للقول بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى بأنها حلت محله فى البلاد المفتوحة وأنها كانت فى دور التكوين بينما كان القانون الرومانى قد جاوز مرحلة النضوج والاكتمال ، بل لابد من بيان الطريقة والوسيلة التى عرف بها الفقهاء المسلمون أحكام القانون الرومانى . وبالنظر الى أن الشريعة الاسلامية قد أقرت بعض النظم والتقاليد العربية التى سادت فى العصر الجاهلى فانه يجب علينا أن تتتبع صلة العرب فى العصر الجاهلى بالرومان ، ثم صلة المسلمين بالرومان سواء فى عهد الرسول عليه السلام أم بعد وفاته . والطريقة التى يتصور أن الفقهاء المسلمين تأثروا فيها بالقانون الرومانى لا يمكن أن تخرج عن كتابات الفقهاء الرومان ، العرف السائد فى البلاد المفتوحة ، التشريعات الص . من ولى الأمر وسنرجىء الكلام عن أمر العرف الى الفصل الثانى أما التشريعات الصادرة من ولى الأمر فقد سبق أن عرضنا لها .

المبحث الاول

العصر الجاهلى (١)

صلة العرب بالرومان : وعلينا أن نتساءل عن مدى تأثر العادات والتقاليد العربية فى العصر الجاهلى بالقانون الرومانى . وبالنظر لقلة سبل الاتصال فى القديم فانها تكاد تنحصر فى الاحتلال العسكرى أو الغزو الثقافى أو وحدة الديانة أو عن طريق التجارة .

١ ــ أما عن الاحتلال العسكرى : فمن المعروف أن الجزيرة العربية

(١) انظر فى تفصيل ذلك كتابنا : بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص ٢٠ وما بعدها والمراجع المشار اليها فيه ؛ أحمد أمين ، فجر الاسلام .

قد نجت من احتلال الاغريق والرومان • ويذكر لنا التاريخ أن الرومان قد وجهوا حملة بقيادة « أليوس جالوس » عام ٢٤ ق•م لفتح جنوب الجزيرة العربية ولكنها باءت بالفشل • ولذلك لم تطأ أرض الجزيرة أرجل الاغريق أو الرومان كغزاة فاتحين لها ••

٢ — عن طريق التجارة : اختلف الرأى بين الباحثين حول مدى الصلة التجارية بين العرب والروم • فذهب البعض الى أن الوضع الجغرافى للجزيرة العربية جعلها فى عزلة تامة عن العالم المتمدين فلم تقم صلات بينها وبين الرومان • وذهب رأى آخر الى نقيض الرأى الأول فقال بأن العرب كانت لهم صلة وثيقة من الناحية الاقتصادية بالرومان فكانت توجد بيوت رومانية للتجارة فى مكة • وذهب فريق ثالث ، وهو الغالب بين الباحثين ، الى أن العرب كانوا على صلة بهم وان كانت ليست وثيقة ، عن طريق التجارة وعن طريق مملكة الغساسنة جنوبى الشام على حدود الجزيرة العربية ، وعن طريق اليهود والنصارى الذين أقاموا بالجزيرة العربية •

والواقع ان اتصال العرب بالرومان عن طريق التجارة لم يكن له أثر فى النظم القانونية والفكرية بالنظر الى ارتباط هذه النظم — فى القديم — بالدين ، وكان العرب وثنيين على خلاف الرومان المسيحيين فضلا عن أن الدولة الرومانية كانت تحدد للعرب أماكن فى جنوب الشام ينزلون فيها ولا تسمح بتجاوزها (مثل أيلة أى العقبة وغزة وبصرى) • وفوق ذلك فان الأمية كانت متفشية بين العرب لدرجة أنه لم يكن يلم بالقراءة والكتابة من بين أبناء قبيلة قريش عند ظهور الاسلام سوى سبعة عشر شخصا ، وهى أعظم قبائل العرب شأنا وأكثرها حضارة • وهؤلاء التجار الأميين لا يصلحون أداة لنقل الفكر والثقافة القانونية وان كانوا يصلحون لنقل بعض المظاهر المادية للحضارة • ويؤكد هذا النظر أن العرب ظلوا على حالهم من التأخر الاجتماعى رغم صلاتهم التجارية بالرومان • ونفس هذه الملاحظات تصدق بالنسبة للعرب فى مملكتى الغساسنة والحيرة •

٣ — عن طريق الدين : ذهب بعض الباحثين الى أن القانون الرومانى أثر فى العادات والنظم القانونية العربية فى العصر الجاهلى عن طريق الدين• فالأستاذ دارست يقول لنا « تدل النظم القانونية التى كانت سائدة

لدى العرب قبل الاسلام على أن مدنيتهم كانت ما تزال بدائية لدرجة لا يمكن مقارنتها بالمدنية الرومانية ، والبناء القانونى الذى أقامه الفقهاء المسلمون يعتمد فى أساسه على القانون العربى القديم الذى تعدل وصحح على يد محمد (عليه الصلاة والسلام) وتطور تحت تأثير عناصر مستمدة من اليهودية والنصرانية . فاذا كان للغرب أثر فى الشريعة الاسلامية فان ذلك كان بسبب قانون الكنيسة وليس بسبب القانون المدنى » .

والواقع أن النصارى (١) فى الجزيرة العربية كانوا على مذهب اليعاقبة، وهو مغاير للمذهب السائد فى الدولة الرومانية (المذهب الملكانى) ، وكان كل مذهب يرمى الآخر بالهرطقة ، أى الالحاد . ولذلك كانت صلة نصارى الجزيرة العربية وثيقة بالحبشة حيث انتشر المذهب اليعقوبى ولكنها كانت صلة ضعيفة بالدولة الرومانية . فضلا عن اهتمام النصارى فى الدولة الرومانية باللاهوت والفلسفة والانصراف عن دراسة القانون ، وكانت أهم مراكز هذه الثقافة خلال القرن الثالث الميلادى فى الاسكندرية وانطاكية ونصيبين أى بعيدا عن الجزيرة العربية . وكانت هذه المراكز تعلم باللغة السريانية واليونانية معا . وكان لها دور بارز فى حركة الترجمة الى اللغة العربية .

أما عن اليهود فبعضهم كان من العرب الذين تهودوا وبعضهم كان من الذين نزحوا من الشام الى الجزيرة العربية بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكل سليمان عام ٧٣ م . وطردهم اليهود نهائيا من فلسطين عام ١٣٢ م . ومن المعلوم أن النظم القانونية اليهودية ترتبط ارتباطا وثيقا بالديانة اليهودية، وهى مغايرة للديانة الوثنية للعرب فضلا عن أن القانون

---

(١) انقسمت النصرانية فى عهودها الاولى الى عدة كنائس هى: الملكانية المارونية ، النسطورية ، اليعقوبية . تسربت النصرانية الى الجزيرة العربية قبل الاسلام ، وكان معتنقيها من اتباع الكنيسة النسطورية فى الحيرة ، بينما انتشر أتباع الكنيسة اليعقوبية فى غسان والشام وقامت عدة صوامع فى وادى القرى . وكان اهم موطن للنصرانية فى نجران ، وكانوا على مذهب اليعاقبة . ولكن « ذا نواس » (وهو يهودى) أعمل فيهم القتل فاستنجدوا بالحبشة — وكانت مثلهم على المذهب اليعقوبى — التى غزت جنوب الجزيرة العربية ما بين عامى ٥٢٢ و ٥٢٥ ، وهزمت ذا نواس . واستمر احتلال الحبشة حتى عام ٥٧٥ حينما غزا الفرس بلاد اليمن . واستمر بعض أتباع للكنيسة اليعقوبية فى نجران حتى أجلاهم الخليفة عمر بن الخطاب .

انظر فى تفصيل ذلك : احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٥ — ٢٩ .

اليهودى لم يتأثر بالقانون الرومانى ، بل على العكس من ذلك تأثر القانون الرومانى بالقانون اليهودى . ولذلك اقتصر أثر اليهود فى نشر تعاليم التوراة وتفسيرها وما داخلهـا من أساطير ، وأدخلوا فى اللغة العربية بضعة كلمات لم يعرفها العرب من قبل مثل : جهنم ، الشيطان ، ابليس ... وكان لليهود دور ملموس فى نشر الثقافة الاغريقية (١) .

ولذلك فان الرأى السائد الآن بين المستشرقين هو أن العرب لم يتأثروا بالقـانون الرومانى فى الفترة السـابقة على ظهور الاسلام وأن القانون البيزنطى لم يصل الى الجزيرة العربية ولم يعرفه العرب فى العصر الجاهلى (٢) . وقد عبر الأستاذ أحمد أمين (٣) عن صلة العرب فى العصر الجاهلى بالشعوب المجاورة خير تعبير بقوله « كانت تتسرب هذه المدنيات من مجرى ضيق ، وقد ينال التحريف ما ينقلون من غيرهم .. فلم يكن العرب يأخذون ممن حولهم علما منظما كما نأخذ نحن عن المدنية الغربية لأن هناك عوائق كانت تحول دون ذلك منها : الحوائل الطبيعية بين العرب وغيرهم من بحار وجبال وصحراوات . ومنها ، البعد الكبير بين العرب والفرس والروم من حيث الحالة الاجتماعية والدرجة العقلية؛ وأكثر ما يكون اقتباس الحضارة والمدنية اذا تقاربت العقليتان ، ومنها :

---

(١) كان عدد اليهود فى الجزيرة العربية قبل الاسلام قليلا مثلهم فى ذلك مثل العرب النصارى . وتسربت اليهودية الى الجزيرة العربية عن طريقين: عرب تهودوا ، يهود نزحوا اليها بعد اضطهاد الرومان لهم وهدم هيكلهم . ومعظم العرب المتهودين كانوا باليمن حيث اعتنق الملك « ذو نواس » اليهودية الذى اتخذ منها وسيلة للحد من نفوذ الحبشة النصرانية التى كانت تزعم حماية النصارى باليمن والتدخل فى شئون العرب وكان عام « الفيل » حلقة فى سلسلة المنازعات بين الحبشة والعرب .

أما اليهود النازحون من الشام فانهم أقاموا عدة مستعمرات يهودية فى الجزيرة العربية أشهرها فى تيماء ، فدك ، خيبر ، وادى القرى ، يثرب . وهذه الاخيرة هى أهمها ، وبها عاشت ثلاث قبائل يهودية هى : بنو النضير ، بنو قينقاع ، بنو قريظة .

انظر : احمد أمين ، فجر الاسلام ، ص ٢٣ — ٢٥ .

(٢) من هذا الرأى : المستشرق شاخت ، فى بحثه :
Schacht, choit byzantin et droit musulman, 1956.

والمستشرق فيجمور : Wigmore, Archives du droit oriental, 1949.

(٣) أحمد امين ، فجر الاسلام ، ص ٢٩ .

انتشار الأمية بين العرب اذ ذاك ؛ حتى ندر أن تجد فيهم القارىء والكاتب . انما كان المخالطون للفرس والروم ينقلون حكما أو قصصا أو أمثالا أو حوادث تاريخية مما يخف حمله على الناقل ، ومما يستطيع البدوى ومن فى حكمه أن يهضمه » .

ولذلك فان الرأى السائد الآن بين المستشرقين يذهب الى أن النظم القانونية التى عرفها العرب فى العصر الجاهلى وأقرها الاسلام لم تتأثر بالقانون البيزنطى .

المبحث الثانى

عصر النبوة

ذهب بعض المستشرقين ؛ وعلى رأسهم المستشرق الايطالى كاروزى(١)؛ الى أن الرسول عليه السلام كانت له معرفة واسعة بالقانون الرومانى البيزنطى .

ولكن هذا الرأى يتنافى مع الوقائع العلمية الثابتة تاريخيا ، فمن المسلم أن الرسول عليه الصلاة والسلام عاش ومات أميا وأنه نشأ فى بيئة عربية خالصة وبيت عربى أصيل وأن مخالطيه على قلة عددهم كانوا من العرب الخلص . وفوق ذلك فانه لم يغادر الجزيرة العربية الا فى رحلتين قصيرتين الى الشام قبل الرسالة وكانت سنة فى أولاهما لا تتجاوز الثانية عشرة وكانت سنه فى ثانيتهما لا تتجاوز الخامسة والعشرين . وقد استغرقت كل من هاتين الرحلتين بضعة أيام .

ويضاف الى ذلك أن التشريع الاسلامىّ لله ولرسوله ، فانحصرت مصادر التشريع فى الوحى الالهى . فالقرآن بالفاظه ومعانيه من عند الله تعالى ، وقد أفرد الفقهاء المسلمون عدة مباحث للتدليل على أن القرآن(١)

---

(١) أنظر فى اعجاز القرآن : عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقه ، طبعة ١٩٥٢ ، ص ٢٣ — ٣٠ ، مصطفى صادق الرافعى ، اعجاز القرآن ، ما قبله ؛ ص ٥٥ وما بعدها .

Carusi, Il problemo scientifico del diriutto musulmano, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1930, P. 147.

من عند الله . ومن هذه الأدلة اعجاز القرآن . وقد تحقق الاعجاز بتوافر شروطه الثلاثة وهى : التحدى ، وجود المقتضى للرد على ذلك التحدى ، عدم وجود مانع لدى من تحدوا به . والسنة كذلك تعتبر تعبيرا غير مباشر عن ارادة العناية الالهية لأن الله تعالى لا يقر رسوله على رأيه الا اذا كان صوابا ، كما سبق أن رأينا . والقواعد القانونية التى وردت فى الكتاب والسنة لم تكن تقنينا شاملا ولم تصدر دفعة واحدة بل بمناسبة حالات وقعت فعلا للمسلمين فى حياتهم اليومية فى الجزيرة العربية فضلا عن أنها صدرت فى صورة أحكام عامة كلية دون النزول الى الجزئيات والتفصيلات الا فيما ندر .

ولذلك لا نجد من بين المستشرقين الآن من يقول بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى فى عصر النبوة .

المبحث الثالث
عصر الاجتهاد

تبين لنا مما تقدم أن العادات والتقاليد التى سادت فى العصر الجاهلى لم تتأثر بالقانون الرومانى كما لم يحدث تأثر فى عصر النبوة . فالكتاب والسنة مصدرهما الوحى الآلهى ، ومن ثم لم يتأثرا بالقانون الرومانى . فهل حدث هذا التأثير فى العصور التى تلت وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام .

من المسلم أن المسلمين ، بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام ، قد فتحوا بلادا كثيرة تختلف ظروفها الاجتماعية والاقتصادية عن الجزيرة العربية وأن الشريعة الاسلامية كانت نافذة فى هذه البلاد تطبيقا لمبدأ اقليمية القانون الذى ساد الشريعة . ومن المسلم أيضا أن الشريعة الاسلامية فى ذلك الوقت كانت فى دور التكوين ولم تكن تحوى أحكاما جزئية لمواجهة الظروف الجديدة فى البلاد المفتوحة ، وفى نفس الوقت

انقطع الوحي بوفاة الرســول عليه السلام الأمر الذى أدى الى ظهور مصدر جديد للفقه الاسلامى هو الاجتهاد وتصدى نفر من المسلمين ، يطلق عليهم صفة المجتهدين ، للفتوى وابداء الرأى فيما لم يرد فيه نص فى الكتاب أو السنة (١) .

وقد ذهب المستشرقون القائلون بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى الى أن انتشار المجتهدين فى البلاد المفتوحة مكنهم من الاطلاع على قواعد القانون الرومانى لذى كان مطبقا فى هذه البلاد وأن قلة عــدد الأحكام التفصيلية الواردة فى الكتاب والسنة دفعهم الى تبنى هذه القواعد تحت ستار الاجتهاد . فذهب المستشرق الانجليزى ايموس (٢). الى حد القول بأن « الشرع المحمدى ليس الا القــانون الــرومانى للامبراطورية الشرقية ، معدلا وفق الأحوال السياسية فى الممتلــكات العربية » . وذهب بعضهم الآخــر (٣) وعلى رأسهم المستشرق الهولندى « دى بور » الى القول : « بعد أن فتح المسلمون بلادا ذات مدنيات قديمة نشأت حاجات لم يرشد الشارع ارشادا دقيقا الى الحق فيها ، ولم يــرد فى السنة بالنص ولا بالتأويل ما يبين الطريق الى معالجتها ثم أخذ عدد الوقائع الجزئية يزداد كل يوم ، وهى وقائع لم ترد فيها نصوص ولم يكن للمسلمين بد من الحكم فيها اما بما يتفق مع العرف، واما ما يهديهم اليه ادراكهم لمعنى الخير . ولا بد أن يكون القانــون الرومانى قد ظل زمنا طويلا يؤثر تأثيرا كبيرا فى هذا الاتجاه فى الشام والعراق وهما من ولايات الامبراطورية الرومانية القديمة » . أمــا المستشرق الألمــانى « جولدزيهر » (٤) فلم يكتف بالقول باســتعارة

---

(١) أنظر : عبد الوهاب خلاف ، السلطات الثلاث فى الاسلام ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٣٦ ، ص ٤٤١ وما بعدها .

محمد يوسف موسى ، المدخل ، ص ٢٢ ، الخضرى ، تاريخ التشريع الاسلامى ، سنة ١٩٣٤ ، ص ٧٥ .

(٢) أنظر : Amos, Roman civil law, P. 415.

(٣) تاريخ الفلسفة الاسلامية ، ترجمة عبد الهادى أبو ريده ، ١٩٣٨ ، ص ٤٢ .

(٤) أنظر :

Goldziher, in, Byzanticnische Zeitschrift, 1893 P. 317-325.

النظم الرومانية بل ذهب الى حد القول بأن الفقهاء المسلمين استخدموا وسائل تطوير القانون الرومانى : « ان فقهاء دمشق وبغداد لا يمكنهم بقوانينهم البدائية التى حملوها معهم من الجزيرة العربية سد حاجات مجتمعات بلغت شأوا بعيدا فى المدنية والحضارة كالمجتمع السورى والمجتمع العراقى ، ولذلك سارعوا الى ابتداع نظام قانونى لمواجهة حاجات هذه المجتمعات الجديدة مستخدمين فى ذلك الوسائل الرومانية ».

وقد ظهر الرأى القائل بالنقل الكامل لأحكام القانون الرومانى فى الشريعة فى أواخر القرن الماضى وأوائل القرن الحالى فى أعقاب الاستعمار الأوربى للعالم العربى للقضاء على مقوماته الذاتية ، ولكن هذا الرأى لايجد مؤيدين فى الوقت الحاضر اذ يتجه معظم القائلين بالتأثر فى الوقت الحاضر الى نفى النقل الكامل ويكتفون بالقول بوجود تأثير فى بعض الأحكام .

وقبول هذا الرأى يقتضى اثبات أمرين : هل تمكن الفقهاء المسلمون من الاطلاع على المؤلفات القانونية الرومانية البيزنطية ، وهل تسمح مصادر الفقه الاسلامى بتبنى العادات والتقاليد العرفية التى سادت البلاد المفتوحة قبل خضوعها لحكم المسلمين . وهل يسمح النظام القانونى الاسلامى للفقيه أو القاضى المسلم باستعارة قواعد رومانية أو وسائل تطور القانون الرومانى . وسنرجىء الكلام عن الأمر الثانى الى دراسة مصادر القانون وطرق تفسيره فى الشريعة والقانون الرومانى ، وسنعرض الآن لدراسة الطرق والوسائل التى قيل بأن الفقهاء المسلمين استطاعوا عن طريقها معرفة القانون الرومانى . وقد تعددت آراء المستشرقين فى هذا المجال ، ونجملها فيما يلى : النظام القضائى فى سوريا ، مدارس القانون الرومانى فى الشرق ، الثقافة اليهودية ، الثقافة السريانية ، الثقافة الاغريقية .

§ ١ — النظام القضائى فى سوريا

ادلة الرأى : طابع علينا سواس باشا[١] عام ١٩٠٢ — وهو مسيحى من كبار موظفى الدولة العثمانية — فى الطبعة الثانية لكتابه بالفرنسية

---

(١)
Sawas Pacha, Etude sur la theorie du droit musulman, paris, 1902.

عن الشريعة الاسلامية برأى مضمونه أن الشريعة الاسلامية تأثـرت بالقانون الرومانى ليس فقط فى عصر تكوينها بل أيضا فى عصر نضجها وكمالهـا عن طريق النظام القضائى الذى ظل ساريا فى سوريا وقت فتح المسلمين لها . فقال فى مقدمة هذا الكتاب ، ص ٣٠ « من المعروف للجميع أنه بجانب الأثر الذى تركه القانون الرومانى فى الشريعةالاسلامية وقت نشأتها كان التطور النهائى لهذا التشريع — فى سوريا — فى ظل حكم معاوية — وأن النظام القضائى فى سوريا استمر قريبا جدا من النظام القضائى الذى كان سائدا فيها قبل الفتح الاسلامى . فالمفتى ، حاكم قضائى يقوم بوظيفة مماثلة لوظيفة البريتور ، يقوم بتحرير البرنامج formula ، والقاضى ، بعد توجيه البريتور له عن طريق البرنامج، يبحث وقائع النزاع طبقا للبيانات الواردة فى البرنامج ويصدر حكمه على أساس الرأى الذى أبداه البريتور له ... انى لا أجهل أنه خلال العصر الامبراطورى بدأ هذا النظام القضائى القائم على البرنامج يترك مكانه ، منذ عهد الامبراطور دقلديانوس ، لنظام قضائى جديد يسمى بنظام الدعاوى الادارية أو غير العادية extra ordinem cognitio وأن استعماله قد بطل نهائيا منذ نقل عاصمة الامبراطورية الرومانية الى القسطنطينية . ومع ذلك فالواقع أن المسلمين وجدوا النظام القضائى القائم على البرنامج مطبقا فعلا فى سوريا وقت فتحهم لها » .

ويبين من هذا الرأى أنه يعتمد على الوقائع الآتية : الفقه الاسلامى نضج واكتمل على يد الفقهاء المسلمين فى سوريا ، تشبيه المفتى بالريتور وتشبيه عمل القاضى المسلم بعمل القاضى الرومانى ، بقاء نظام التقاضى بطريق البرنامج فى سوريا حتى وقت الفتح الاسلامى رغم الغـائه فى الامبراطورية الرومانية قبل ذلك بنحو ثلاثة قرون . وهذه الوقـائع الثلاث تنافى الحقائق العلمية الثابتة .

دحض الادلة : ان الفقه الاسلامى قد نضج وازدهر فى الحجاز وفى العراق ، ولم توجد مدارس اسلامية ولا فقهاء فى الشام ، باستثنـاء الأوزاعى ، رغم وجود مقر الخلافة بدمشق . لم تظهر وظيفة المفتى كوظيفة رسمية الا فى عصر الدولة العثمانية . وهذه الوظيفة لاتشـابه وظيفة البريتور من أى وجه لأن نظام التقاضى الاسلامى لم يعرف النظـام الرومانى الذى كان يقضى بنظـر الدعوى على مرحلتين : مرحلة أمام

البريتور ومرحلة تالية أمام القاضي . ولا محل لمقارنة وظيفة القاضي الروماني بالقاضي المسلم ، فالقاضي الروماني كان مقيدا في الحكم في الدعوى بتوجيهات البريتور التي يضمنها برنامج الدعوى ، ويضاف الى ذلك أن القاضي الروماني — في ظل نظام البرنامج — كان حكما يختاره الطرفان ولم يكن موظفا تعينه الدولة . وفوق ذلك فان نظام التقاضي بطريق البرنامج قد ألغي في الدولة الرومانية وحل محله نظام التقاضي بطريق الدعاوى الادارية — نقلا عما كان يجرى عليه العمل في مصر وسوريا قبل خضوعهما للحكم الروماني — قبل ظهور الاسلام بأكثر من ثلاثة قرون . أما القاضي المسلم فهو موظف تعينه الدولة وكان يختار عادة ، في أوائل عهد الدولة الاسلامية ، من بين من تتوافر فيهم صفات المجتهدين ، ولا يخضع لتوجيه شخص آخر كالبريتور لأن نظام التقاضي الاسلامي لم يعرف نظاما شبيها بنظام البرنامج في كل عهود الدولة الاسلامية بل ترفع اليه الدعوى مباشرة ويفصل فيها وفقا لأحكام الكتاب والسنة أو اجتهاده المبني على فهمه لما فيهما من أحكام .

ولهذه الأسباب كان رأي سواس باشا محل نقد من المستشرقين أنفسهم ، فالأستاذ « فيتزجيرالد Fizgeraled » يقول « ان سواس باشا حينما أدلى برأيه هذا كان ذهنه — حتما — منصرفا الى بعض الوظائف التي وجدت في عصره ، مثل وظيفة شيخ الاسلام في استانبول ومفتي الديار في مصر ، وحتى مع ذلك فانه لا وجه للمقارنة بين هذه الوظائف ووظيفة البريتور » (١) .

٢ — مدارس القانون الروماني في الشرق

ذهب المستشرق الانجليزي « ايموس » (٢) الى أن الشريعة الاسلامية تأثرت بالقانون الروماني عن طريق مدرستي القانون الروماني في بيروت والاسكندرية حيث بقي تدريس القانون الروماني بهما حتى بعد الفتح

(١) انظر :
Fatzerald, the alleged debt of islamic law to roman law, in, law quarterly Revien, 1915, p. 91.

(٢) انظر :
Amos, Roman civil law 2e ed.

الاسلامى بما يزيد عن قرن . وذهب المستشرق الألمانى « فون كريمر »[1] الى حد القول بأن كلا من « الأوزاعى والشافعى قد ولد فى سوريا فلا ريب أنهما كانا على علم بكثير من قواعد الرومان البيزنطى التى استمرت فى صورة عادات قانونية » . واعتمد البعض على رأى كريمر وحرفوا أقواله فقالوا بأن الشافعى قد درس القانون الرومانى فى بيروت .

وهذا الرأى كما وصفه فيتزجيرالد لا يعدو أن يكون أسطورة من نسيج خيال القائلين به . والواقع أن هذا الرأى يتعارض مع الحقائق العلمية والتاريخية المسلمة ، فمن المعروف أن الامبراطور جستنيان قد أصدر مرسوما بتاريخ ١٦ ديسمبر ٥٣٣م قضى باغلاق جميع مدارس القانون . ولم يستبق منها سوى مدارس القسطنطينية وروما وبيروت . وعلى ذلك فمدرسة الاسكندرية قد أغلقت أبوابها قبل الفتح الاسلامى لمصر بما يزيد عن قرن من الزمان . أما مدرسة بيروت فانها ظلت قائمة فترة من الزمن ثم تهدمت قبل الفتح الاسلامى ، كما سنرى حالا .

مدرسة بيروت : من الثابت طبقا للأبحاث التى قام بها العالم الفرنسى كولينيه (٢) ، أستاذ القانون الرومانى بجامعة باريس ، أن مدينة بيروت تعرضت لعدة زلازل هدمتها ولم يبق لمدرسة بيروت أثر بعد عام ٥٥١م. فكانت مدينة بيروت أطلالا عندما فتح المسلمون الشام عام ٦٣٥ م . ومن المعروف أيضا أن الامام الشافعى ، وهو عربى من قبيلة قريش ، قد ولد فى غزة بالشام عام ١٥٠ هـ وحمل بعد فطامة مباشرة الى مكة حيث تلقى دراسته ثم ارتحل الى بغداد عام ١٨٤ ـــ ١٨٥ هـ حيث أخذ عن محمد بن الحسن تلميذ أبى حنيفة ، وهناك أسس مذهبه ثم انتقل الى مصر عام ٢٠٠ هـ حيث أسس مذهب الجديد . أما الأوزاعى فقد ولد بدمشق (بعلبك على رأى البعض) عام ٨٨هـ (٧٠٧م) ثم انتقل الى بيروت حيث توفى بها عام ١٥٧هـ (٧٧٤م) . واشتهر عنه أنه من أهل الحديث وقد اندثر مذهبه بوفاته ـــ فكيف تسنى للشافعى والأوزاعى دراسة القانون الرومانى فى مدرسة بيروت التى زالت من الوجود قبل ولادتهما

---

(١) الترجمة الانجليزية لكتابه عن تاريخ الحضارة فى الشرق ، ١٩٢٠ ، ص ٤٤٧ ، وقد ظهر كتابه بالالمانية فى فيينا عام ١٨٧٥ .

(٢) Collinet, Histoire de l'école de droit de Beyrouth, Paris, 1925

بما يزيد عن قرن ونصف من الزمان وقبل فتح المسلمين للشام بما يقرب من ثلاثة أرباع القرن .

ومما لا جدال فيه أن بعض الطلاب الأجانب كانوا يدرسون القانون فى مدرسة بيروت . وبالرجوع الى سجلات أسماء طلاب هذه المدرسة وما ذكره عنهم المؤرخون القدامى ـ حسب أبحاث الأستاذ كولينيه ـ يتبين أنه لم يؤمها أحد من عرب الجزيرة العربية . ولا غرابة فى ذلك لأن الأمية كانت متفشية فى عرب الجزيرة . ويتبين أيضا من سجلات هذه المدرسة أنه درس بها ثلاثة طلاب من أصل عربى من مواليد الشام فى القرنين الرابع والخامس الميلادى ولكنهم ماتوا فى الشام ولم يغادروه الى الجزيرة العربية .

مدرسة الاسكندرية : كان لهذه المدرسة دور هام فى دراسة الفلسفة والأدب فضلا عن القانون . وقد أغلقت تنفيذا لمرسوم جستنيان الصادر عام ٥٣٣ أى قبل فتح العرب لمصر (٦٤١ م) بأكثر من قرن من الزمن . وقد يقال بأن العرب أفادوا من مكتبة الاسكندرية الشهيرة وعرفوا القانون الرومانى من خلال ما وجدوه فيها من كتب قانونية ، اعتمادا على ما رواه بعض الكتاب العرب من أن عمرو بن العاص قد أحرق مكتبة الاسكندرية باذن من الخليفة عمر .

ولكن هذا القول مردود لأن الرأى السائد بين المؤرخين المعاصرين[١]، أجانب وعرب ، ينفى تهمة حريق مكتبة الاسكندرية عن العرب لعدة أسباب منها :

لم يرد ذكر لمسألة حريق مكتبة الاسكندرية فى كتب المؤرخين الذين تكلموا عن فتح العرب لمصر ، ومنهم سعد بن البطريق (أوتيخا) المتوفى عام ٣٢٨هـ ويحيى بن سعيد الأنطاكى ، والطبرى ، اليعقوبى ، والبلاذرى ، وابن عبد الحكم ، والكندى . وأول من تحدث فى هذا الموضوع وألصق التهمة بالعرب هم : عبد اللطيف البغدادى (٦٢٦ هـ ــ ١٢٣١م) فى كتابه الافادة والاعتبار ، وابن القفطى (٦٦٦هـ ــ ١٢٤٨ م) فى كتابه أخبار العلماء وأبو الفرج الملطى (٦٨٥ هـ ــ ١٢٧٧ م) فى كتابه مختصر الدول

---

(١) انظر : بتلر ، الترجمة العربية لكتابه فتح العرب لمصر .

ثم تناقل تهمة حرق العرب للمكتبة المؤرخون العرب فى العصور التالية ، مثل أبو الفدا والمقريزى • ومن المعروف أن القرن الثالث عشر تميز بعداء شديد بين الدولة الاسلامية ودول أوروبا المسيحية بسبب الحروب الصليبية فضلا عن تفشى الشعوبية ، فبدأت تظهر فى هذا الوقت تهمة حرق العرب للمكتبة ضمن حملة العداء الشديد للعرب •

ومن المعروف أن الاسكندرية كانت تضم مكتبتين ، المكتبة الأم وهى مكتبة المتحف ، والمكتبة الوليدة التى قامت فى معهد السرابيوم • ومن الثابت تاريخيا أن مكتبة المتحف قد أحرقت عام ٤٨ ق•م عندما حرق يوليوس قيصر أسطوله فى الميناء • أما مكتبة السرابيوم فقد أحرقت عام ٣٩١ فى عهد تيودوز (٣٨٧ ـ ٣٩٥ م) حينما أحرق المسيحيون بقيادة تيوفيلوس معبد السرابيوم • ولو كانت مكتبة الاسكندرية موجودة عندما فتح العرب لها لما أغفل ذكر واقعة حرقها حنا النيقوسى الذى كان قريب العهد بفتح مصر وكتب عنه • ولما أغفل قيرس (المقوقس) الوالى الرومانى النص عليها فى شروط الصلح على تسليم الاسكندرية • وفوق ذلك فان يحيى النحوى (حنافليبونوس) الذى نسب اليه الحوار بينه وبين عمرو بن العاص حول هذه المكتبة فى كتاب ابن القفطى وأبى الفرج كان قد توفى قبل فتح العرب للاسكندرية بنحو ثلاثين أو أربعين سنة •

وعلى ذلك فلم يكن فى مقدور العرب الاطلاع على كتب القانون الرومانى عن طريق مكتبة الاسكندرية لأنها لم تكن موجودة عندما فتح العرب مصر • فضلا عن أنه لم ينشأ بمصر مذهب فقهى سوى مذهب الليث بن سعد (ولد بمصر وتوفى بها عام ١٧٥ هـ) ، وقد اندثر هذا المذهب بعد وفاته مباشرة • أما مذهب الشافعى الجديد بمصر فقد استقى أصوله من الحجاز ثم العراق •

ونخلص مما تقدم الى أن مدارس القانون فى الشرق لم يكن لها أثر فى تكوين عقلية الفقهاء المسلمين •

§ ٣ — الثقافة اليهودية

ذهب العالم « دارست » وتبعه الفقيه « لامبير » (١) الى أن الأفكار القانونية البيزنطية انتقلت الى الفقه الاسلامى عن طريق التلمود .

ومن المعروف أن التلمود كتب باللغة الآرامية ، وهو يضم كتابين : الميشنا وقد جمعت فيه نصوص التوراة وما حدث لها من تفسيرات فقهية فى أواخر القرن الثانى وأوائل القرن الثالث الميلادى . أما الكتاب الثانى فهو الجيمارة وهو عبارة عن شرح للميشنا ، وقد انتهى علماء اليهود من هذه الشروح فى منتصف القرن الخامس الميلادى . وقد اكتسبت هذه الشروح (جيمارة) أهمية تفوق النصوص ذاتها . ويوجد فى الوقت الحاضر نوعان من التلمود أحدهما منسوب الى علماء اليهود فى أورشليم والثانى علماء اليهود فى بابل وهو أوسع من الأول واليه الرجوع غالبا . والخلاف بينهما لا ينصب على نصوص الميشنا فهى واحدة بل فى شروحها أى الجيمارة .

ومن المسلم أنه حينما تلاقى القانون الرومانى مع القانون اليهودى فى الشرق فى القرون الأولى لميلاد المسيح كان القانون الرومانى فى أوج مجده ، وبالنظر لارتباط القانون اليهودى بالعقيدة الدينية فانه لم يتأثر بالقانون الرومانى الا فى نطاق ضيق جدا ، لا يتجاوز استعارة بعض ألفاظ اغريقية (٣) . أما فى العصر البيزنطى وابتداء من القرن الثالث الميلادى فشراح القانون الرومانى مجمعون على أن القانون الرومانى هو الذى تأثر بالقانون اليهودى ، وعددوا لنا النظم التى تأثرت بـه ومنها : الخطبة ، العقوبات ، البيع ، ... الخ (٢) . فكيف يتصور القول بأن القانون البيزنطى أثر فى الشريعة الاسلامية عن طريق القانون اليهودى فى الوقت الذى يؤكد فيه شراح القانون الرومانى أنفسهم أن القانون اليهودى هو الذى أثر فى القانون الرومانى .

---

(١) Lambert, Fonction du droit civil comparé, Paris, 1903, p. 27 Dareste, Etnde d'histoire de droit, Paris, 1884, p. 55.

(٢) Daule, in Law quarterly Review. 1936.,

(٣) Volterra, Diutto ramano dirittis orient ali, Bologna, 1937, p. 246.

ومن المسلم أيضا أن الثقافة اليهودية أثرت فى الثقافة الاسلامية فى مجال الأدب والفلسفة والعلوم ابان عصر الترجمة (١) ، ولكنها كانت عديمة الأثر فى مجال القانون . فلم يعرف أحد من الفقهاء المسلمين أنه كان من أصل يهودى ، واليهود الذين أسهموا فى الحركة العلمية الاسلامية اهتموا بالمسائل الدينية ورواية الحديث والقصص فضلا عن النواحى العلمية كالطب ، ومن أشهرهم عبد الله بن سلام (توفى عام ٤٠ هـ) وكعب الأحبار وعبد الله بن سبأ ، والطبيب ماسر جويه ، وجميعهم ليسوا من الفقهاء . ولم يعرف أحد من الفقهاء تثقف على أيديهم ، بل ان فريقا من العلماء نظروا اليهم نظرة ارتياب فيما رووه من أحاديث(٢) .

ويجب أن ننبه الى أن ما ذكرناه عن عدم تأثر الشريعة بالقانون اليهودى لاينصرف الى أحكام التوراة لأن هذه سابقة على مولد القانون الرومانى فضلا عن أنها كتاب سماوى ، ومن ثم تدخل فى « شرع من قبلنا » ، وهو يعتبر مصدرا للفقه الاسلامى بشروط معينة . وشرع من قبلنا يقصد به الأحكام التى شرعها الله تعالى للأمم السابقة على المسلمين كالأحكام التى وردت فى التوراة وفى الانجيل . وقد حدد علماء أصول الفقه حجية هذه الأحكام على الوجه الآتى : ١ - الأحكام الواردة فى الكتب السماوية السابقة على القرآن ولم يتعرض لها الشارع الاسلامى - سواء فى الكتاب أو فى السنة - لا تعتبر ملزمة للمسلمين ، ٢ - الأحكام التى تعرض لها الشارع الاسلامى صراحة وأنكرها تعتبر منسوخة ولا يعمل بها عند المسلمين ، ٣ - الأحكام التى أقرها الشارع الاسلامى تعتبر ملزمة للمسلمين اذ بهذا الاقرار أصبحت جزءا من التشريع الاسلامى ، ٤ - الأحكام التى أشار اليها القرآن أو السنة دون انكارها أو اقرارها ولم يقم دليل على نسخها ، مثل عقوبة القصاص التى أشار اليها القرآن الكريم ، سورة المائدة : ٤٥ « وكتبنا عليهم فيها

---

(١) انظر فى حركة الترجمة : احمد امين ، فجر الاسلام ، ص ١٢٨ وما بعدها ، فهرست ابن النديم ، طبقات ابن سعد ، جـ ٧ ، ص ٧٩ .

(٢) ومن المعروف أن عبد الله بن سبأ (وهو يهودى من اليمن ولد من أمة سوداء واعتنق الاسلام وقد أمر امير المؤمنين عمر بنفيه) قد اعتنق كثيرا من الآراء الفاسدة مثل نظرية الوصاية ونظرية الرجعة التى أخذها عنه بعض فرق الشيعة .

أن النفس بالنفس والعين بالعين » ويقصد بها الحكم الوارد فى التوراة، وهذه الأحكام اختلف الرأى بشأنها ، والرأى الراجح أنها تعتبر ملزمة للمسلمين ٠

٤ - الثقافة السريانية

كانت اللغة السريانية هى اللغة السائدة فى الشام قبل فتح المسلمين له ، وكانت لغة الأدب والعلم بين جميع النصارى ، وقد عاشت الآداب السريانية منذ القرن الثالث الميلادى حتى القرن الرابع عشر وان كانت فقدت أهميتها أمام انتشار اللغة العربية منذ القرن العاشر ٠ وكانت أشهر مراكز الثقافة السريانية فى : الرها، نصيبين ، حران وجنديسابور ٠ وكان للكتاب السريان ، ومعظمهم من النصارى ، أثر هام فى حركة الترجمة والنقل من الاغريق والفرس والهند الى السريانية أو الى العربية فى الفلسفة والمنطق والطب ... الخ (١) ، ولكن الثقافة السريانية كانت عديمة الأثر فى مجال القانون ذلك أنهم لم يترجموا كتبا فى القانون ولم يؤلفوا كتبا فى هذا المجال الا بعد نضوج واكتمال الفقه الاسلامى ٠ وقد انقسمت كنائس الشرق الى أربع هى : الملكانية ، اليعقوبية ، النسطورية ، المارونية ٠ وانتشر أتباع كل منها فى العالم العربى . وكانت اللغة السريانية هى لغتها جميعا ٠

وقد ذهب العالمان الايطاليان « كاروزى » و « توليدو » الى أن الفقه الاسلامى تأثر بالقانون الرومانى عن طريق الترجمة السريانية للكتاب المعروف باسم : « الكتاب السورى الرومانى »
الذى كتب بالاغريقية فى أواخر القرن الخامس وترجم الى السريانية فى منتصف القرن الثامن الميلادى ٠ غير أن الأبحاث التى قام بها المستشرق الايطالى ناللينو(٢) ، وتتبع فيها حركة الترجمة والتأليف التى قام بها السريان دلت على أن فقهاء المسلمين مؤسسى المذاهب الاسلامية

---

(١) انظر : فهرست ابن النديم ، فجر الاسلام ، ص ١٢٥ وما بعدها .

(٢) كتب ناللينو عدة ابحاث عن : الجزيرة العربية قبل الاسلام ، الكتاب السورى الرومانى ، مؤلفات الكنائس الشرقية ونشرت فى مجلات علمية ثم اعيد نشرها مجتمعة عام ١٩٤٢ فى روما فى مؤلف من اربعة أجزاء بعنوان : Raccolta dei Scritti

لم يكن فى مقدورهم الاطلاع على أى كتاب مترجم عن القانون الرومانى. وهذا الرأى أصبح حقيقة مسلمة الآن بين جميع المستشرقين (١) .

الكتب القانونية المترجمة : من المسلم أن نصارى الشرق قد خضعوا لأحكام الشريعة الاسلامية باستثناء بعض مسائل الزواج والطلاق ـ كما سبق أن رأينا ـ حيث كانوا يطبقون القانون الكنسى الذى اعتمد أساساً على الانجيل وقرارات المجامع الكنسية وكتابات آباء الكنيسة . وبجانب هذه القواعد كانوا يطبقون أيضا مبادىء مأخوذة من الشريعة الاسلامية. وحينما أصبح المسيحيون أقلية فى البلاد الاسلامية ، وبصفة خاصة منذ عهد الحروب الصليبية ، بدأت حركة علمية للحفاظ على التراث المسيحى أو لوضع مدونات قانونية خاصة بهم فظهرت حركة ترجمة لبعض الكتب البيزنطية ، وبدأت من ناحية أخرى حركة تأليف كتب أو مجموعات قانونية مسيحية تعتمد على الشريعة الاسلامية وبـ أحكام القانون البيزنطى .

والكتب التى قاموا بترجمتها هى : (١) **الكتاب السـ الرومانى :** كتاب مدرسى يضم بعض قواعد القانون المدنى الرومانى ، وقد كتب باللغة الاغريقية حوالى ٤٧٦ ـ ٤٨٠ بعد الميلاد ، ثم ترجم الى اللغة السريانية حوالى ٧٥٠ م ، ثم ترجم من السريانية الى العربية حوالى ١١٠٠م ونسبه مترجمون الى الأباطرة المسيحيين قسطنطين وتيودوز وليون . ومن الواضح أن الترجمة السريانية قد حدثت بعد اكتمال فقه مدرسة الحنفية ، أكثر المدارس أخذا بالرأى (أبو حنيفة ٧٠٠ ـ ٧٦٧م، أبو يوسف ٧٣٢ ـ ٧٩٨ م ، محمد ٧٥٠ ـ ٨٠٤ م) فضلا عن أن فقهاء المسلمين لم يعرفوا اللغة السريانية كما أثبت ذلك المستشرق « فيجمور » (٢) . أما الترجمة العربية فكانت تالية لنضوج واكتمال الفقه الاسلامى الاسلامى فى جميع مدارسه .

(١) Schacht, droit lyzantin et droit musulman, 1956, p. 8.

(٢) تعليق له على ترجمة فرنسية قام بها الدكتور بفـ ـى لمقال الأستاذ عبد الرحمن حسن عن الشريعة والقانون الرومانى فى مجلة :
Archives d'histoire du droit arintal. 1949, p. 321.

٢ ــ **مجموعة المختارات :** Ecloga : للامبراطور ليون الثالث : هذه المجموعة القانونية وضعت بالاغريقية عام ٧٥٠م . واعتمدت على مجموعات جستنيان مع تطعيمها ببعض المبادىء المسيحية . وقد ترجمت هذه المجموعة مع بعض ملحقاتها الى العربية فى بداية القرن الرابع عشر الميلادى .

٣ ــ **الوجيز** Prochiron : وهى مجموعة وضعت باللغة الاغريقية بأمــر الملك « بازيل » عام ٨٧٠ ــ ٨٧٢ م . وقد ترجمت الى العربيــة فى بداية القرن الثالث عشر ، وهذه المجموعة حلت محل المختارات وظلت مطبقة فى ما تبقى من الامبراطورية البيزنطية حتى سقوطها فى أيدى الأتراك المسلمين .

المؤلفات القانونية : قام رجال الكنيسة بالتأليف فى القــانون ، غير أن مؤلفاتهم ظلت ذات طابع نظرى ولم تطبق الا فى مسائل الزواج وأهم هذه المؤلفات :

١ ــ **مجموعة ابن العسال (١٢٣٨ م) باللغة العربية :** وقد اعتمد مؤلفها كلية على الفقه المالكى والوجيز البيزنطى . وقد وضع الكتاب لأقباط مصر وهم من أتباع الكنيسة اليعقوبية .

٢ ــ **مجموعة ابن العبرى (الفترة ما بين ١٢٥٠ ــ ١٢٦٣ م) :** وقــد اعتمد مؤلفها كلية على الفقه الاسلامى (المدرسة الشافعية) باستثناء بعض مسائل الأسرة . وقد كتبت باللغة السريانية . ومؤلفها من أتباع الكنيسة اليعقوبية فى آسيا .

٣ ــ **مجموعة ابن الطيب (توفى عام ١٠٤٣ م) :** وصاحبها من أتباع الكنيسة النسطورية (تأسست هذه الكنيسة فى القرن الخامس الميلادى فى العراق ، وانتشر أتباعها فى العراق وبلاد الفرس ، وكانت كل من اللغة السريانية واللغة الفهلوية مستعملة فى هذه الكنيسة) . وهذه المجموعة عبارة عن تجميع لمصادر القانون الكنسى والنظم القــانونية السائدة لدى الكنيسة النسطورية ، وهذه المصادر مرتبة ترتيبا تاريخيا

---

(٢) انظر : كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، ١٩٦٥ ، مصــير القانون الرومانى فى الشرق ، ص ١٩٦ وما بعدها .

مع ترجمة لها باللغة العربية ، وتشمل هذه المجموعة أيضا عرضا لنظام المواريث فى الفقه الاسلامى باللغة السريانية . وقد صدرت هذه المجموعة الأخيرة فى الفترة ما بين ٩٠٠ و ٩٠٥ للميلاد .

الخلاصة : ونخلص مما تقدم الى أن الثقافة السريانية ، رغم أهميتها وأثرها فى محيط الأدب والفلسفة والعلوم ، لم يكن لها أدنى أثر فى مجال القانون لأن كتب القانون الرومانى التى ترجمت وكذلك الكتب التى ألفها رجال الكنيسة السريان قد تمت بعد نضوج الشريعة واكتمالها، فضلا عن أنه لم يكن من بين الفقهاء المسلمين من كان مثقفا ثقافةسريانية، بل أن مؤلفات السريان هى التى تأثرت بالفقه الاسلامى . ولذلك اصبح من الأمور المسلمة الآن بين المستشرقين أن الفقهاء المسلمين لم يطلعوا على أى كتاب فى القانون الرومانى .

§ ٥ — الثقافة الاغريقية

حركة الترجمة : من المعروف أن المسلمين بدأوا فى ترجمة كنوز العلم من اللغات الأجنبية ، وبصفة خاصة من اللغة الاغريقية فى عهد يزيد بن معاوية ، وازدهرت هذه الحركة فى عهد المأمون فى الدولة العباسية . وقد عدد ابن النديم فى كتابه الفهرست أسماء الكتب التى ترجمت والمترجمين ولم يذكر بينها كتابا واحدا فى القانون . ومن المعروف أيضا أن العهد الأموى تميز بظهور مدرستين فلسفيتين شهيرتين : مدرسة أهل السنة ومدرسة المعتزلة ، وأتباع المدرسة الأولى لم يتأثروا بغير فلسفة الاسلام ولم يعرفوا غير اللغة العربية على خلاف المعتزلة الذين تأثروا بالفلسفة الاغريقية . وقد ظل لواء الزعامة العلمية معقودا لأهل السنة حتى آخر عهد خلافة الرشيد (١٣٦ — ١٩٣هـ ، ٧٥٤ — ٨١٣ م) ، وتبدل الحال فى عهد الخليفة المأمون حينما تمكن الفلاسفة المعتزلة من الاستحواز على ثقته فزاد نشاطهم وكثرت الكتب المترجمة .

عدم تاثر الفقه بحركة الترجمة : وفى الوقت الذى أثمرت فيه حركة الترجمة ثمارها فى محيط الفلسفة والأدب والعلوم وانتقلت فيه الزعامة العلمية الى المعتزلة كان الفقه الاسلامى بمنأى عنها لعدة أسباب أهمها : موضوعات الفقه الاسلامى كانت قد تحددت منذ النصف الأول من القرن الأول الهجرى ، اكتمال فقه مدرستين من أهم مدارس الفقه

الاسلامى وهما المدرســة الحنفية والمدرســة المالكية ، عدم ترجمة أى كتــاب فى القــانون الرومانى الى لغــة معروفة من العرب قبل القرن الثالث عشر الميلادى ، وفوق ذلك فان الفقه الاسلامى يعتمد أساســا على الكتاب والسنة ومن ثم يمتنع على الفقهاء المسلمين استعارة أى مبدأ قانونى أو قاعــدة قانونية من تشريع أجنبى .

غير أن هذا لا يعنى أن كتب المنطق والفلسفة لم يكن لهــا أثر على عقلية الفقهاء . فانتشار هــذه الكتب أدى الى صقل عقلية فقهاء القرن الثــالث الهجرى ومكنهم من الافادة من دراســة المنطق وطريقة تقديم الحجة والبرهان أو ترتيب الأفكار المتشــابهة .. الخ . ولكن هــذه الفائدة لا يمكن مقارنتها بالفائدة التى عادت على فقهــاء الرومان من فلسفة ومنطق الاغريق ، ذلك أن الرومان ــ خلافا للمسلمين ــ لم يقف أثر هذه الفلسفة عندهم عند حد ترتيب الأفكار وعرضها بل تجاوز ذلك الى حد بنــاء نظم قانونية على مبــادىء فلسفية اغريقية مثل العدالة ، حسن النية ، الثقة والأمانة ... الخ . أما الفقهاء المسلمون فلم تكن أصول الشريعة الاسلامية تسمح لهم بالبحث عن أصول القواعد القانونية فى غير الأدلة الشرعية المعروفــة فى علم أصــول الفقه ، لذلك كان أثر المنطق الاغريقى على الفقهــاء المسلمين محدودا لأن القياس وهو أهم مجال لاعمال قواعد المنطق كان معروفا منذ القديم ، ويشهد بذلك كتاب الخليفة عمر الى أبى موسى الأشعرى .

هل تأثر الفقه الاسلامى بالثقافة الاغريقية قبل عهد الترجمة : لا نجد من بين المستشرقين المعاصرين من ينادى بأن الفقه الاســلامى تأثر عن طريق كتب القانون المترجمة، ولكننا نجد بعضهم ، وعلى رأسهم المستشرق الألمانى جولدزيهر ، ينادى بأن هذا التأثر حدث فى عهــد تكوين الفقــه الاســلامى عن طريق الثقــافة الاغريقية قبل عهد الترجمة . وقد تبنى المستشرق الألمانى « شاخت » هــذا الرأى فى بحثه الذى ألقــاه أمام الأكاديمية الايطــالية عام ١٩٥٦ (١) فهو يقول (ص ٦ ــ ٧) « نحن نعرف الآن أن الفقه الاسلامى بحالته المعروف بها الآن لم يكن موجودا طيلة القرن الأول الهجرى ، وأن أوائل المتخصصين فى القــانون الدينى

الاسلامى بدأو يهتمون بالمسائل ذات الطابع الدينى منذ أواخر ذلك القرن ، أما الموضوعات الفنية للقانون بالمعنى الذى نفهمه نحن من كلمة القانون فلم يبدأ البحث فيها الا منذ بداية القرن الثانى الهجرى ، وأن أول مركز لهذا النشاط لم يكن فى المدينة بل كان فى العراق ، وأن الآراء المنسوبة الى المشتغلين بهذا النشاط العلمى فى القرن الأول الهجرى كانت غير محددة ومشكوك فى صحة نسبتها اليهم . وتنتج عن ذلك أن القرن الأول الهجرى يمثل ، من ناحية دراسة القانون ، فراغا كبيرا حيث استطاعت الثقافة الأجنبية ، والثقافة البيزنطية فى موضوعنا هذا ، أن تسرب الى المسلمين . وأهم من ذلك أن الفقه الاسلامى بدأ يتكون فى فترة كانت فيها أبواب المدنية الاسلامية مفتوحة على مصراعيها أمام حاملى ونقلة الثقافة الأجنبية الذين اعتنقوا الاسلام . وفى الواقع فان عددا غير قليل ممن اعتنقوا الاسلام من سكان البلاد التى فتحها المسلمون فى القرنين الأولين للهجرة كانوا ينتمون الى الطبقات العليا فى المجتمع والى ذلك الفريق من الناس الذين تثقفوا بثقافة حرة ، أى بثقافة فى المنطق الاغريقى ، وهى الثقافة السائدة فى كل البلاد المتأغرقة فى الشرق الأدنى . ومن المعروف عن القرون الأخيرة للعالم القديم أن اعداد المحامين والخطباء ، وهى مهنة تختلف عن عمل الفقهاء بالمعنى الدقيق يقتضى دراسة فى المنطق وبعض مبادىء أولية فى القانون . ومعرفة القانون بصفة اجمالية كانت تعتبر مفيدة بالنسبة لكل المهن . والواقع أن جستنيان قد حرم تدريس القانون بمعناه الفنى خارج الجامعات الامبراطورية الثلاث : روما ، بيروت ، القسطنطينية ، ولكنه بطبيعة الحال عجز عن تطهير دراسة المنطق — وهى دراسة لأزمة ليس فقط لتكوين المحامين بل أيضا للتعليم العام — من عناصر القانون التى يتضمنها . والى هؤلاء الأشخاص ، وهم بكل تأكيد ليسوا من المتخصصين ، يرجع تسرب — على مستوى شعبى — أفكار ذات أصل اغريقى الى اللاهوت الاسلامى والى قواعد اللغة العربية ذاتها قبل عصر الترجمة . وهذا هو ما يفسر الطابع الشعبى لهذه الاستعارات ، اذ يكاد

لا يوجد تطابق فى الحلول الفنية فى الجـانبين ولكن يوجد تشـابه فى الخطوط العريضة وفى المبادىء العامة وليس فى الحلول الجزئية التفصيلية اذ توجد دائما أفكار منتشرة بصفة عامة ، يعرفها ليس فقط المتخصصون بل غير المتخصصين أيضـا » .

ثم استطرد الأستاذ شاخت وذكر « أن الحـالات التى حدث فيها التأثير يمكن معرفتها تبعا لالتزام معيارين هما . الحـالات التى يظهر شذوذها فى الفقه الاسـلامى والتى يقتضى تبريرها الرجوع الى فكرة التأثر بقانون أجنبى سواء كان هذا الشذوذ يرجع الى اعتبارات تاريخية أم الى عدم اتساقها مع النظام القانونى الاسـلامى أم عدم اتساقها مع الظروف الاجتماعية للمجتمع الاسلامى . أما الحـالات التى يظهر فيها تشابه بين الشريعة الاسلامية والقـانون الرومانى فان مجرد التشـابه وحده مهما كان ظاهرا فانه لا يكفى لتبرير القول بالتأثير فى القـانونين . أما المعيار الثانى فهو ضرورة الاقتصـار على القواعد القـانونية التى يمكن معرفتهـا ليس فقط من جانب المتخصصين بل أيضـا من جانب المثقفين ثقافة عامة وذلك يرجع الى ما سبق أن قلناه من أن نقلة الثقافة القـانونية البيزنطية لم يكونوا من المتخصصين بل من غير المتخصصين من المثقفين بصفة عامة ، ويرجع أيضا الى أنه من غير المقبول القول بأن الفقهاء المسلمين الأوائل قد تبنوا مبادىء قانونية أجنبية لأنه لم يكن فى مقدروهم الاطلاع على أى كتاب مترجم فى القانون البيزنطى خـلال الفترة التى نتحدث عنهـا » (١) .

وبالرغم من أن الأستاذ شاخت طالب بضرورة التشـدد فى التزام المعيارين سالفى الذكر فانه عمد فى بحثه الى تبنى الحـالات التى قيل أنهـا تأثرت بالقـانون البيزنطى من جانب من سبقه من المستشرقين فى مختلف فروع القـانون ، وهى كلها قواعد تفصيلية فنية وحلول جزئية

(١) ص ٨ من بحثه عن القانون البيزنطى والشريعة الاسلامية .

لا يقف عليها الا المتخصصون ، ويندر أن نجد من بينها قواعد عامة يستطيع معرفتها غير المتخصصين (١) .

مناقشة رأى شاخت : تبين لنا أن رأى شاخت يمكن تلخيصه فيما يلى :

أولا : الفقه الاسلامى لم يتكون الا منذ القرن الثانى الهجرى .

ثانيا : مركز الثقافة الاسلامية الأول كان فى العراق وليس فى المدينة .

ثالثا : انتقال الأفكار القانونية قبل عهد الترجمة الى الفقه الاسلامى .

رابعا : المثقفون ثقافة اغريقية عالية هم نقلة تلك الأفكار بعد أن اعتنقوا الاسلام .

وسنناقش هذه الموضوعات تباعا :

أولا : حالة الفقه الاسلامى فى القرن الأول : يقول الأستاذ شاخت أن الفقه الاسلامى بالحالة التى عرفناه بها لم يكن له وجود طيلة القرن الأول الهجرى وأن العلماء لم يهتموا بالمسائل القانونية الا منذ القرن الثانى الهجرى . هذا الكلام الذى نادى به الأستاذ شاخت ليس دقيقا ، فان كان يقصد بذلك حركة التأليف والتدوين فضلا عن وضع المصطلحات القانونية وقواعد الاستنباط التى يسير عليها الفقيه ، أعنى علم أصول الفقه ، فقوله صحيح . فهذا كله لم يكن قد وجد بعد . وسبب ذلك ليس راجعا الى أن العلماء اهتموا بالمسائل الدينية فقط — كما ادعى شاخت — أو الى أن الصحابة لم يكن لديهم الوقت الكافى ولا المقدرة العقلية المطلوبة ولا ذلك الاستعداد الواجب توافره لدى من يطلب منهم

---

(٢) منها النظام الضريبى ووعاء الضريبة العقارية والجزية ، حكم الارض الموات . نظام الاقطاع ، الحالة القانونية لغير المسلمين فى الدولة الاسلامية نظمت على غرار حالة اليهود فى الدولة البيزنطية وكذلك حالة المستأمنين . ولاية القضاء على الأقاليم ، مصادر القانون (الاجماع والقياس والاستحسان) . فى نطاق نظام الاسرة : قاعدة الولد للفراش ، آثار الزنا . وفى الالتزامات (نظام العربون ، الرهن ، الاجارة بصورها الثلاث ، اثر القوة القاهرة ، التعويض فى المسئولية التقصيرية) . وفى القانون الجنائى (عقوبة السرقة) . وفى الأموال (الوقف ، الشفعة) .

بناء نظام فقهى كما ادعى أيموس (١) ، ولكن ذلك كان راجعا — كما رأى ابن خلدون فى مقدمته — الى أن العلم من جملة الصنائع وهـذه مرتبطة بدرجة الحضارة والمدنية ، فكلما ارتقت الحضارة وتقدم العمران لدى شعب من الشعوب انصرف نفر من أفراد هذا الشعب الى الاهتمام بالعلوم والصنائع . ويطبق ابن خلدون هـذه القاعدة الاجتماعية على المسلمين فيقول فى سبب عدم التـأليف والتدوين فى القرن الأول « أن الملة فى أولها لم يكن فيها علم ولا صناعة لمقتضى أحوال السـذاجة والبداوة ، وانما أحكام الشريعة التى هى أوامر الله ونواهيه كان الرجال ينقلونها فى صدورهم وقد عرفوا مأخذها من الكتاب والسنة بما تلقوا من صاحب الشرع وأصحابه . والقوم يومئذ عرب لم يعرفوا أمر التعليم والتأليف والتدوين ، ولا دفعوا اليه ولا دعتهم اليه حاجة ، وجرى الأمر على ذلك زمن الصحـابة والتـابعين » (٢) .

والفقهاء المسلمون الأوائل لم يكونوا فى حاجة الى وضع قواعـد وضوابط يسترشدون بها فى استنباط الأحكام الشرعية ولم تكن بهم حاجة الى ألفاظ اصطلاحية أو مصطلحات فقهية معينة ، وبعبارة أخرى لم يكن هؤلاء الفقهاء فى حاجة الى علم أصـول الفقه . وقد بين لنـا ابن خلدون سبب ذلك بقوله : « واعلم أن هذا الفن (يقصد علم أصول الفقـه) من الفنون المستحدثة فى الملة ، وكان السلف فى غنية عنـه ، بما أن استفادة المعانى من الألفاظ لا يحتاج فيها الى أزيد مما عندهم من الملكة اللسانية ، وأما القوانين التى يحتاج اليها فى استفادة الأحكام خصوصا فمنهم أخذ معظمها ، وأما الأسانيد (يقصد أسانيد الأحاديث النبوية) فلم يكونوا يحتـاجون الى النظر فيها لقرب العصر وممارسـة النقلة وخبرتهم بهم » (٣) . لذلك لم يحتج المسلمون الى وضـع قواعد محددة لاستنباط الأحـكام الا فى عصر متـأخر نسبيا بعد ما انقرض السلف وفسـدت الملكة اللغوية بسبب اتصـال العرب بالأعاجم .

---

(١) أشار اليه فيتزجيرالد ، المقال السابق الاشارة اليه ، ص ٩٣ .

(٢) راجع ابن خلدون ، المقدمة ، ص ١٠٣٠ .

(٣) ابن خلدون ، المقدمة ، ص ٨٣٨ .

أما قول شاخت بأن المسلمين لم يتعرضوا للمسائل القانونية الا منذ القرن الثانى الهجرى فهو للأسف قول بعيد عن الصواب . ذلك أن من يتتبع الحركة العلمية الاسلامية يلاحظ بجلاء أن المسلمين الأوائل انصرفوا كلية طيلة القرن الأول الهجرى الى العلوم النقلية التى تعتمد على القرآن الكريم ســواء فى ذلك تفسيره أو استخراج الأحــكام الفقهية فيه ؛ أما العلوم العقلية كالطب والرياضــة .. الخ ، فهى لم تزدهر الا منذ القرن الثانى (١) . فقد سبق أنا رأينا (٢) أن الصحابة والتابعين ومن جاء بعدهم قد خلفوا ثروة ضخمة من الأحــكام والحلول القــانونية التى وضعوها للمسائل التى عرضت عليهم فى مختلف فروع القانون . ويكفى لمعرفة ذلك الاطلاع على كتب الفقه لمعرفة ما تركه هؤلاء الفقهاء الأوائل من تراث علمى كبير اعتمد عليه أئمة المذاهب الكبرى فيما بعد واعتبروه أساسا لمــا ألفوه من كتب فقهية . وهذه الأحــكام من الكثرة والدقة بحيث أمكن معها القول بأن مضمون الفقه الاسلامى قد تحدد من الوجهة الموضوعية منذ النصف الأول من القرن الأول الهجرى مما جعل قواعــد التشريع الاسلامى بمنأى عن التأثر بأى قانون أجنبى لأن تلك القواعد وضعت بمناسبة حالات حدثت فعلا فى المجتمع الاسلامى فى ذلك العهد . وليس أدل على ذلك من أن كثيرا من النظم القانونية ؛ اللازمة للمجتمع من الوجهة الاقتصادية والتى وجدها المسلمون فى البلاد التى فتحوها مثل سوريا ومصر ؛ لا نجد لها مكانا فى النظم القانونية الاسلامية (٣) .

ثانيا : مركز النشاط العلمى الأول : يقول الأستاذ شاخت أن مركز النشاط العلمى الأول لم يكن فى المدينة بل كان فى العراق . هذا الرأى يتنافى — مع الأسف الشديد — مع الحقائق التاريخية الثابتة . فالنشاط العلمى قد بدأ فى كل من المدينة — حيث ظهرت مدرسة الحجــاز نواة مدرسة أهل الحديث — والعراق — حيث ظهرت مدرســة العراق نواة

---

(٢) أنظر : احمد أمين ؛ ضحى الاسلام ؛ جـ ٢ ، ص ٨ — ١٠ .

(٣) أنظر ؛ ما قبله ص ١١٩ ؛ وأنظــر فى فقه الصــحابة والتابعين المحاضرات التى القاها الدكتور محمد يوسف موسى على طلبة معهد الدراسات العربية العالية ١٩٥٤ ، حيث نجد مجموعة ضخمة من المبادىء والقــواعد القانونية التى خلفها هؤلاء الفقهاء .

(١) من هذا الراى نالينو .

مدرسة أهل الرأى — فى وقت واحد تقريبا ، ونقول أنه بدأ أولا فى المدينة ان شئنا تحرى الدقة التاريخية . فهذا النشاط قد بدأ فى المدينة منذ خلافة أبى بكر واستمر مزدهرا بها لأنها كانت مركز الخلافة طيلة عهد الخلفاء الراشدين ولأنها كانت تضم عددا كبيرا من الصحابة وعنهم أخذ العلم كثير من التابعين ومن أشهرهم الفقهاء الذين عوفوا فى تاريخ الفقه لاسلامى باسم « الفقهاء السبعة » (١) . أما فى العراق (٢) فلم تبدأ الحركة العلمية الا بعد ظهورها فى المدينة بقليل ، فهى بدأت فيه فى عهد عمر بن الخطاب على يدى الصحابى عبد الله بن مسعود وأبى موسى الأشعرى وقد نبغ فى كلا المدرستين أعلام من الفقهاء بحيث يستحيل ترجيح كفة احدى المدرستين على الأخرى فى هذه الناحية .

ثالثا : عدم تأثر الفقه الاسلامى فى القرن الأول بالثقافة البيزنطية :

بعد ما أورد الأستاذ شاخت المقدمتين السابقتين أراد أن يبنى عليهما النتيجة الآتية : كان القرن الأول الهجرى يمثل حقبة فراغ فى تاريخ الفكر الاسلامى مما جعل المدنية الاسلامية تفتح أبوابها فى ذلك الوقت لتلقى الثقافات الأجنبية . وقد سبق أن رأينا أن كلا المقدمتين اللتين وضعهما الأستاذ شاخت خاطىء من الوجهة التاريخية ، فلا غرو أن تأتى النتيجة خاطئة هى الأخرى . ففى هذا العهد لا يوجد أى أثر لأية ثقافة أجنبية فى الفقه الاسلامى ، والا لوجدنا تشابها بين الأفكار القانونية البيزنطية والأفكار القانونية الاسلامية . وسنرى فى الفصل الثالث مدى الاختلاف بين القانونين من حيث الأفكار القانونية والمبادىء العامة التى تسيطر على كلا القانونين .

والغريب فى الأمر أن الأستاذ شاخت يقول أن الأفكار البيزنطية

---

(١) وهم : عبيد الله بن عبد الله بن عتبة ، عروة بن عبد الله بن الزبير ، القاسم بن محمد بن أبى بكر الصديق ، سعيد بن المسيب ، ابو بكر بن عبد الرحمن ، سليمان بن يسار ، خارجة بن زيد . وكان سعيد بن المسيب هو اشهرهم ولذلك يوصف بانه امام المدينة وفقيهها .

انظر ما قبله ، ص ١٢٠ .

(٢) استمرت هذه المدرسة على ايدى التابعين واشهرهم ابراهيم النخعى وهو شيخ حماد بن ابى سليمان شيخ أبى حنيفة .

التى انتقلت الى الفقه الاسلامى كانت من مستوى « شعبى » لا تصل الى مستوى قانونى دقيق . فاذا كان الأمر كذلك فلماذا لم نعثر على تلك الأفكار ذات المستوى الشعبى فى الفقه الاسلامى الذى امتازت قواعده بالدقة المتناهية ، والأستاذ شاخت نفسه لم يستطع اعطاءنا مثلا واحدا لتلك الأفكار « الشعبية » . فمن المعروف أن علم القانون — بطبيعته — بعيد كل البعد عن ذلك « المستوى الشعبى » الذى يريده الأستاذ شاخت ، فالشخص الذى يمارس القانون يجب أن تكون لديه ملكة خاصة تؤهله لتفهم دقائقه وتجعله قادرا على معرفة مصطلحاته الخاصة التى يصعب على عامة الناس تفهمه ، بله المثقفين منهم ثقافة غير قانونية .

رابعا : نقلة الثقافة البيزنطية الاغريقية : استنتج الأستاذ شاخت من المقدمتين اللتين وضعهما أن الأفكار البيزنطية الاغريقية انتقلت الى الفقه الاسلامى عن طريق الأشخاص المثقفين ثقافة اغريقية عالية بعد اعتناقهم للاسلام . وهؤلاء الأشخاص — باعتراف الأستاذ شاخت نفسه — لم يكونوا فقهاء ولم تكن لديهم ملكة قانونية سليمة بل كانوا مثقفين ثقافة اغريقية قائمة على المنطق والفلسفة وبعض المبادىء القانونية الأولية التى كان يتعلمها كل المثقفين ثقافة عالية فى ذلك العهد . هل فى مقدور هؤلاء نقل ثقافة قانونية من شعب الى شعب ؟ ان صح ذلك فكيف السبيل ؟ .

اننى أشك كثيرا فى أن أمثال هؤلاء قادرون على نقل ثقافة قانونية من بلد الى بلد آخر ، والا فلماذا لم تنتقل الأفكار القانونية البيزنطية بحالتها التى كانت عليها حينذاك الى الفقه الاسلامى . فالفقهاء البيزنطيون عرفوا بطريقتهم الخاصة فى البحث ، وهذه الطريقة تتميز بالاهتمام بالمسائل النظرية ووضع القواعد العامة دون الحلول الجزئية التطبيقية . بينما الفقهاء المسلمون ، وبصفة خاصة فقهاء القرنين الأول والثانى للهجرة ، لم يهتموا اطلاقا بالنظريات العامة وانصرفوا الى وضع الحلول الفردية المناسبة للمشاكل التى تعرض عليهم . فلماذا اذا لم نعثر على أثر لتلك الصياغة البيزنطية فى الفقه الاسلامى(١) ؟

---

(١) من هذا الرأى : Wigmore, loc. cit., P. 321.

وأهم من ذلك أننا لو فرضنا جدلا أن هؤلاء المثقفين ثقافة اغريقية والذين اهتدوا الى الاسلام كان فى مقدورهم نقل الثقافة البيزنطية الى الفقه الاسلامى فهل يمكنهم ذلك ؟

انه من المستحيل على هؤلاء نقل ثقافتهم الى الفقه الاسلامى لما يأتى : كانت السلطة التشريعية فى عهد الرسول عليه الصلاة والسلام مركزة فى يديه ، ولكن بعد وفاته انتقلت تلك السلطة الى نفر من المسلمين يطلق عليهم صفة (المجتهدون) ، وهؤلاء يجب أن تتوافر فيهم شروط خاصة مفصلة فى كتب علم أصول الفقه . ومن المعروف أن السلطة التشريعية ، طيلة القرن الهجرى الأول ، كانت فى أيدى الصحابة ثم التابعين ثم تابعيهم ، فهل كان من بين هؤلاء أحد ممن كان مثقفا ثقافة اغريقية عالية ثم اهتدى الى الاسلام ؟ نحتكم فى ذلك الى تاريخ حياة هؤلاء الصحابة والتابعين . والتاريخ لا يشهد بأن واحدا من هؤلاء كان مثقفا ثقافة بيزنطية ثم اهتدى الى الاسلام .

الخلاصة : نستطيع أن نقرر أن الفقه الاسلامى لم يتأثر بالقانون البيزنطى عن طريق الثقافة الاغريقية لا قبل حركة الترجمة التى بدأت فى القرن الثانى للهجرة ولا بعد ذلك التاريخ .

الفصل الثانى

مصادر القانون وطرق تفسيره

المبحث الأول

التشابه وحده ليس دليلا على التأثر

تشابه الشرائع يدل على تشابه ظروف المجتمعات التى تحكمها :
سبق القول أن الرأى قد استقر الآن بين المستشرقين على أن الفقهاء المسلمين لم يستطيعوا الاطلاع على أى كتاب من كتب القانون الرومانى ، الأصيلة أو المترجمة ، ومن ثم لم يتمكنوا من استعارة قواعد القانون الرومانى عن طريق الكتب الفقهية أو التقنينات الرسمية : فهل يمكن القول بأنهم استعاروا هذا القواعد عن طريق ما كان يجرى عليه العمل وما استقر عليه العرف فى البلاد المفتوحة ؟ .

من المسلم أن المسلمين واجهوا — بعد الفتح — علاقات اجتماعية جديدة لم يكن لهم بها عهد فى الجزيرة العربية فكان من الطبيعى أن يتطور التشريع الاسلامى ليواكب الظروف الاجتماعية والاقتصادية الجديدة فاذا فرض وعرض نزاع على القاضى المسلم فى البلاد المفتوحة فانه لا يستطيع أن يرفض الفصل فى النزاع بحجة خلو الأحكام التفصيلية فى التشريع الاسلامى من حكم يطبقه بل عليه أن يجتهد للوصول الى الحكم الملائم مستلهما الروح العامة للتشريع الاسلامى ومراعيا مصالح الناس وما جرت عليه عاداتهم وتقاليدهم ، والحال كذلك بالنسبة للفقيه المسلم . وقد ينتهى بهما الحال الى الوصول الى استنباط حكم يكون قد سبق أن توصل اليه القاضى أو الفقيه الرومانى أو جرى به العرف فتتشابه القاعدتان . فهل يقال هنا بأن القاضى أو الفقيه المسلم قد استعار قاعدة قانونية رومانية أو تبنى عرفا سبق أن أقره القانون الرومانى .

من المسلم بين الجميع أن العـلوم الاجتماعية ، ومنها القـانون ، تسودها مجموعة من القوانين الطبيعية تؤدى حتما الى تشـابه الحلول والأفكار فى المجتمعات اذا ما تشابهت ظروفها الاجتماعية والاقتصـادية ووصلت الى درجة واحدة من الحضارة والمدنية حتى ولو لم يقم بينها اتصال فكرى أو ثقافى أو جغرافى . هذه الظاهرة تسود مناحى التفكير المختلفة فى العلوم الاجتماعية . ولذلك يقررون أن تشابه الأحـكام فى شريعتين مختلفتين لا يعتبر نتيجة حتمية لتـأثر احداهما بالأخـرى بل يعتبر دليـلا على أن المجتمعين الذين تحكمهما هاتان الشريعتان قد وصلا الى درجة واحدة من التقدم وتشابهت فيهما الظروف الاجتماعية والاقتصـادية والسياسية ... الخ (١) .

ومن هنا قد تتشابه بعض الأحـكام فى الشريعة الأنجلوسكسونية والشريعة الاسلامية رغم انقطاع الصلة بينهما . وهذا هو السبب أيضا فى التشابه الواضح بين النظم القـانونية فى الشرائع السـامية ، وهى الشرائع التى سـادت قبل الاسـلام فيما يسمى الآن بالبلاد العربية . فقد ظهرت فى هـذه المنطقة حضـارات عظيمة تحكمها شرائع قانونية بلغت أعلى درجات الرقى . ولما كانت هذه الشرائع من نتاج السـاميين سكان المنطقة أسميت بالشرائع السامية . وأهمها : شريعة بابل وآشور ، شريعة مصر الفرعونية ، شريعة فينيقيـا ، شريعة اليهود ، شريعة عرب الجزيرة العربية فى العصر الجاهلى . وبالرغم من أن كل شريعة من هذه الشرائع يحتوى على نظم أصيلة خاصة بهـا ومستقلة عن نظيرتهـا فى الشرائع السامية الأخرى الا أن هذه الشرائع تكون مع بعضها البعض الآخر وحدة فى الفكر القانونى والمبادىء العامة التى تقوم عليها النظم القانونية . والواقع أن هـذه الوحدة القـانونية تعكس وحدة البيئة ووحدة الجنس الذى ينتمى اليه السـكان ووحدة الثقافة ؛ وفى كلمة واحدة الحضارة . وأبرز معالم هذه الوحدة القانونية تظهر فى تشـابه النظم القانونية لدرجة تصـل الى حد التطابق فى بعض الحـالات ، وتشابه مصادر القاعدة القانونية وتشابه الروح العامة والطـابع الذى

---

(١) أنظر : شاخت ، ص ٨ من بحثه سالف الذكر ؛ فيجمور ، تعليقه سالف الذكر ص ٣١٩ ، وكذلك المستشرق الفرنسى زيس :
Zeys, Traité elementaire de droit musulman, 1885, vol. I p. 8.

يسودها . وصـور التشابه سالفة الذكر تجعل من هـذه الشرائع فى مجموعها وحدة متميزة عن غيرها من الشرائع التى سـادت فى البلاد الأخرى مثل الشرائع الآرية القديمة (شريعة اليونان ، شريعة الرومان شريعة الجرمان ، شرعية الأنجلوسكسـون) (١) .

متى يعتبر التشابه دليلا على التأثر : من المسلم لدى علماء القـانون المقارن ـ وهو ما لا ينكره أنصار نظرية تأثر الشريعة بالقانون الرومانى ـ أن التشابه لا يعتبر دليلا على التأثر الا اذا ثبت بقرائن قاطعة وأمارات واضحة أن هذا التشابه ينم عن تشابه فى الهيكل القانونى والمبـادىء القانونية العامة وعن تشابه فى مصادر القاعدة القانونية وأصول استنباطها . ولذلك رفض الفقيه الفرنسى لامبير ، وهو من القـائلين بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى ، نظرية العالم الفرنسى « ريفيو Ravillout » القائلة بأن لجنة العشرة التى وضعت قانون الألواح الاثنى عشر عند الرومان قد تأثرت بمجموعة أمازيس الفرعونية اعتمادا على تشابه كثير من قواعد القـانون الرومانى بالقواعـد الواردة فى مجموعة أمازيس فقال : « ان التشابه بين القواعد القانونية ، الذى دفع ريفيو الى القول بأن لجنة الرجال العشرة قد نقلت قانون أمازيس ، يمكن أن يدفـع كلا من الصلتيين (سكان فرنسا القديمة) والبراهمة واليهود الى البحث عن مصـادر قانون الألواح الاثنى عشر فى القـانون الصلتى القديم أو القانون الهندى أو القـانون اليهودى » .

والواقـع أن كل الشرائع ، سماوية كانت أم وضـعية ، تستهدف ضبط وتنظيم العلاقات بين الناس فى المجتمع بما يكفل استقرار هـذه العلاقات وتقدم المجتمع فى ضـوء المقاصد العـامة التى تتوخاها كل شريعة ، ولكنها تختلف فى الوسائل التى تتوصـل بهـا الى بلوغ تلك الغاية فتختلف أصولها ومبادؤها العامة وطرق استنباط الأحكام فيها . وعن طريق الأصول والمبادىء العامة والهيكل القانونى يمكن مقـارنة الشرائع ببعضها والوقوف على مدى تشابهها أو اختلافها . أما الحلول الجزئية فلا تصلح أساسا لهذه المقارنة . فالقانون ـ كما يقول العلامة

---

(١) أنظر فى تفصيل خصائص الشرائع السامية ، كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٣١٨ وما بعدها .

اهرنج — مثله فى ذلك مثل الساعة فهى تستهدف ضبط الوقت ولكنها تختلف من صناعة الى أخرى ، والذى يكشف عن ذلك ليس مظهرها الخارجى لكن آلاتها الدقيقة الداخلية .

ومن المسلم أن الهيكل القانونى لكل من الشريعة والقانون الرومانى يختلفان عن بعضهما تمام الاختلاف سواء من حيث مصادر القاعدة القانونية وطرق تفسيرها ومقاصد التشريع والمبادىء القانونية العامة . وسنعرض لذلك حالا .

والتشابه فى الحلول الجزئية لا يصلح دليلا على التأثر الا اذا كان يعكس تشابها فى الهيكل العام ومصادر القاعدة القانونية وطرق استخراج الأحكام أو اذا كانت القاعدة الجزئية تمثل شذوذا فى النظام القانونى اما لاعتبارات تاريخية أو اجتماعية . فهذا الشذوذ يقتضى البحث عن أصلها فى قانون أجنبى (١) .

اقرار الشريعة لبعض الأعراف : من المسلم أن الفقه الاسلامى تبنى بعض الأعراف التى سادت فى العصر الجاهلى كما تبنى بعض الأعراف التى انتشرت فى البلاد التى فتحها المسلمون . وكل ذلك بشروط معينة سبق أن فصلناها عند الكلام عن العرف كدليل تبنى عليه الأحكام (٢) . فاذا ما أقرت الشريعة عرفا سائدا فى البلاد المفتوحة فان السؤال الذى يثور هو : هل أصول الشريعة وأدلتها تسمح باقراره أم لا ، هل طرق الاستنباط والتفسير توصل الى الأخذ بهذا العرف أم لا . فان كانت الأصول والأدلة وطرق الاستنباط تسمح بذلك فان تبنى هذا العرف لا يعتبر استعارة لقاعدة قانونية أجنبية بل يعتبر قاعدة أدت طرق الاستنباط الشرعية الى الأخذ بها لأن من غايات الشريعة ومقاصدها دفع الضرر عن الناس وجلب المنفعة اليهم . وفى هذه الحالة تكون هذه

---

(١) من أمثلة هذا الشذوذ ما نص عليه القانون المدنى الأهلى المصرى الصادر عام ١٨٨٣ والذى تضمن نصا يقضى بالزام الزوجة الموسرة بالانفاق على زوجها المعسر ووالده ووالدته . فهذا الحكم نشاز فى التشريع المصرى الذى يطبق الشريعة فى امور النفقة الزوجية ، ومصدره الأصلى هو القانون الفرنسى .

(٢) أنظر ما قبله ص ١٨٢

القاعدة متسقة ومتلائمة مع الهيكل القانوني والنظم القانونية الاسلامية ، وتذوب هذه القاعدة الجزئية فى خضم القواعد العامة وتنصهر فى بوتقة الصياغة الاسلامية فتفقد ذاتيتها • أما ان كانت الأصول العامة وطرق الاستنباط لا تسمح باقرار هذه القاعدة ، ومع ذلك أخذ بها التشريع الاسلامى فانها تعتبر قاعدة مستعارة وتصبح غير منسجمة مع الهيكل القانونى الاسلامى بل تكون قاعدة شاذة ، وفى هذه الحالة يثور التساؤل هل تسمح مصادر التشريع الاسلامى وطرق الاستنباط المقررة فيه باستعارة مثل هذه القاعدة • ولا شك أن الشريعة الاسلامية لا تسمح باستعارة قواعد أجنبية لاتتفق مع الهيكل العام القانونى الاسلامى ومقاصد الشريعة •

ونكتفى هنا بالاحالة على ما سبق (١) أن ذكرناه من تعداد بعض أمثلة للتقاليد والعادات القديمة التى أقرتها الشريعة الاسلامية • ويجب هنا أن نفرق بين العادات والأعراف التى درج عليها العرب والبلاد المفتوحة قبل الاسلام وكانت ذات أصل سامى وتلك التى ترجع الى أصل اغريقى ورومانى • ولا نكاد نعثر فى الأعراف التى تبناها الفقه الاسلامى على قواعد رومانية الأصل ولكننا نجد بعض القواعد ذات الأصل السامى أقرتها الشريعة لأنها تتفق مع أصولها العامة ومبادئها العامة وتوافق مقاصدها • وهذه النظم السامية ظلت مطبقة فى البلاد العربية حتى بعد احتلال الاغريق والرومان لها وان كان قد أصابها بعض التعديل •

المبحث الثانى

مقارنة مصادر القاعدة القانونية فى القانون الرومانى وفى الشريعة الاسلامية ومنهاج البحث وطرق استنباط الأحكام

تميز الفقه الاسلامى بأنه تعبير عن ارادة العناية الآلهية ، بينما تميز القانون الرومانى بأنه تعبير عن ضمير الجماعة • ولذلك أختلفت مصادر القاعدة القانونية فى الشريعة وفى القانون الرومانى الأمر الذى ترتب عليه اختلاف الفقهاء فى كل منهما فى منهاج البحث وطرق استنباط الأحكام •

---

(١) أنظر ما قبله ، ص ١٩١ وما بعدها .

المطلب الأول

مصادر القاعدة القانونية فى الشريعة وفى القانون الرومانى

مصادر القانون الرومانى : بدأ القـانون الرومانى بمجموعة قليلة العدد من القواعد العرفية دون بعضها فى قانون الألواح الاثنى عشر فى القرن الخامس قبل الميلاد ، وانتهى به الحال بتقنين ضخم فى مجموعات جستنيان الشهيرة فى القرن السادس الميلادى . وقد تميز خـلال تطوره بظهور العديد من المصادر بجانب العرف ثم انتهى به الحال فى أواخر عصور تطوره بحصر مصادر القاعدة القانونية فى مصدر وحيد هو ارادة الامبراطور . وتلك المصادر عددها الفقيه جايوس (القرن الثانى الميلادى فى كتابه النظم : ١ : ٢) كالآتى : العرف ، التشريع ، القرارات الصادرة عن مجالس العامة ، منشورات الحكام (البريتور) (١) ، توصيات مجلس الشيوخ ، فتاوى الفقهاء ، الدساتير (المراسيم) الامبراطورية .

وكان العرف هو المصدر الرئيسى للقاعدة القانونية حتى بداية عصر الامبراطورية السفلى (يبدأ عام ٢٨٤ م حتى وفاة الامبراطور جستنيان عام ٥٦٥ م) ، ومن ثم يعلو جميع المصادر مرتبة ، ولذلك كان قادرا على تعديل والغاء القواعد القانونية المتولدة من المصادر الأخرى بما فيهـا التشريع . ومنذ عصر الامبراطورية السفلى أصبح التشريع الصـادر من الامبراطور هو المصدر الرئيسى للقانون . ولذلك هبط العرف الى مرتبة أدنى من مرتبة التشريع فى عهد الامبراطورية السفلى حيث أصبح عاجزا عن تعديل أو تغيير التشريع ولا يعتد به الا فى الحالات التى لا يخالف فيها التشريع (مجموعة الدساتير : ٨ ، ٥٢ ، ٢) (٢) .

---

(١) هو أحد الحكام الرومان المنتخبين ، ويتمتع بسلطة ولائية وسلطة قضائية تتيحان له اتخاذ وسائل قسر وتدابير قانونية يلتزم بها الأفراد والقضاة فى أحكامهم . وهذه الوسائل والتدابير تهدف الى ضمان سير العدالة ، وهو يعلن عن هذه الوسائل والتدابير فى منشوره الذى يصدره عند بدء توليه ولايته ، وبالرغم من أنه لا يقوم بوظيفة التشريع ولا وظيفة القضاء الا أن العرف جرى على الأخذ بما يستقر عليه منشور البريتور (أنظر فى تفصيل القانون البريتورى ، كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ١٠١ — ١٢٢) .

(٢) أنظر فى تفصيل مصادر القانون الرومانى ، كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ٦٠ وما بعدها .

وقد اعتمد القانون الرومانى منذ أقدم العصور على العقل البشرى ، فقد انفصل القانون عن الدين منذ صدور قانون الألواح الاثنى عشر ، وظل كذلك طيلة عصور تطوره حتى بعد انتشار المسيحيه واعتبارها دينا رسميا للدولة وتأثر بعض أحكام القانون الرومانى بها والنظر الى الامبراطور باعتباره ظل الله فى الأرض وواحدا من الرسل . فبالرغم من كل ذلك ظل القانون منفصلا عن الدين نتيجة للفصل بين الدين والدولة ، بين الكنيسة والسلطة العامة فى الدولة .

ومن ناحية أخرى فصل القانون الرومانى فصلا يكاد يكون تاما بين الأخلاق والقانون سواء من حيث مجال التطبيق أم من حيث الجزاء . لأن مقاصد القانون الرومانى نفعية محض ، كما سنرى .

وبالنظر لسيادة مبدأ شخصية القانون فى القانون الرومانى واعتماده فى تطوره على الدعوى والاجراءات الشكلية فانه لم يشتمل على مجموعة من القواعد القانونية المتجانسة بل انقسم الى عدة شرائع جنبا الى جنب هى : القانون المدنى (وهو خاص بالرومان) ، قانون الشعوب (وهو مشترك بين الرومان والأجانب) ، القانون البريتورى (ظهر نتيجة لنشاط البريتور) وانتهى به التطور الى اندماج هذه الشرائع فى بعضها وتوحيدها فى قانون واحد قننه الامبراطور جستنيان (١) ، مع ملاحظة أن قانون الشعوب قد اندمج فى القانون المدنى منذ العصر الجمهورى وتم هذا الأندماج فى أوائل القرن الثالث الميلادى . أما القانون البريتورى فقد ظل محتفظا بذاتيته حتى عصر الامبراطورية السفلى ولم يتم اندماجه نهائيا فى القانون المدنى الا فى عصر جستنيان وفى تقنيناته (٢) .

وهكذا يبين أن القانون الرومانى كان دائما أبدا يعبر عن ضمير الجماعة ، ولذلك كان العرف مصدره الرئيسى ثم إعتمد على مصدر وحيد — منذ عصر الامبراطورية السفلى — هو ارادة الامبراطور .

مصادر الشريعة : بدأت كما سبق أن رأينا بتشريع منزل من عند الله تعالى ، وظلت كذلك ، طيلة عصور تطورها ، ولذلك انحصرت مصادرها

---

(١) و (٢) انظر فى اندماج مصادر القانون الرومانى ، كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، ص ١٧٢ وما بعدها .

فى مصدر واحد هو الوحى الالهى سواء بطريق مباشر (القرآن) أم بطريق غير مباشر (السنة) ، أما الاجماع فهو وسيلة من وسائل تطور التشريع الاسلامى وقيمة الحكم الذى تقرر بالاجماع ترجع الى الأدلة التى بنى عليها سواء كانت تفسيرا لنص فى الكتاب أو السنة أو قياسا على نص ورد فى أحدهما ، ولا مجال للاجماع فى حالة وجود نص . أما القياس ، فهو وسيلة استدلال عقلية لازمة لتطور القانون ولا يستغنى عنها أى نظام قانونى ، وهو بدوره يفترض وجود حكم مقرر فى الكتاب أو فى السنة أو الاجماع . أما الأدلة التبعية ، كالاستحسان والمصالح المرسلة والعرف .. الخ ، فهى أدلة تبعية ومكملة للكتاب والسنة ، ولذلك ينحصر دورها فى الكشف عن ما ورد فيهما من أحكام — دون مخالفتهما — أو تكملتهما عن طريق استحداث أحكام جديدة تعتمد على استلهام روح التشريع العامة على التفصيل الذى سبق أن رأيناه . وأما التشريعات التى تصدر من ولى الأمر فهى مصدر تكميلى لا يجوز له مخالفة الكتاب والسنة .

واعتماد الفقه الاسلامى على الوحى الالهى يعتبر من صفاته ومميزاته الرئيسية ، ولذلك قال المستشرق الفرنسى « زيس » « انى أشعر حينما أقرأ فى كتب الفقه الاسلامى أننى قد نسيت كل ما أعرفه عن القانون الفرنسى أو عن القانون الرومانى ، وأصبحت أعتقد أن الصلة منقطعة بين هذين القانونين ، فبينما يعتمد قانوننا على العقل البشرى تقوم الشريعة الاسلامية على الوحى الالهى ... فكيف يتصور التوفيق بين نظامين قانونيين وصلا الى هذه الدرجة من الاختلاف » (١) .

المطلب الثانى

منهاج البحث وطرق استنباط الأحكام

منهاج البحث فى القانون الرومانى : اختلف منهاج الفقهاء المسلمين فى البحث عن منهاج الفقهاء الرومان بعد أن تبنى هؤلاء المنهاج الجدلى . ففقهاء الرومان فى العصر العلمى ولو أنهم لم ينصرفوا الى بناء نظريات عامة ، كما فعل خلفاؤهم فى العصر البيزنطى ، الا أنهم — اعمالا للمنهاج

(١) أنظر : زيس ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ٩

الجدلى ــ اهتموا باستخلاص المبادىء العامة والقواعد العامة من الحلول الجزئية .

منهاج البحث فى الشريعة : نهج الفقهاء المسلمون ــ على اختلاف مذاهبهم ــ نهجا مغايرا للرومان . فالمذاهب الاسلامية كلها اعتمدت على المنهاج التحليلى فى الأمور التى ورد فيها نص ، أى تحليل النص وتفسيره لاستخراج المعانى والأحكام والفروع . أما فى حالة عدم وجود نص فانهم لجاوروا الى المنهاج الاستقرائى ، أى يدرسون المسألة المعروضة عليهم أو التى يفترضونها ويجتهدون فى استنباط الحكم الملائم سواء عن طريق القياس أو الاجماع أو المصالح المرسلة أو الاستحسان . ولكنهم كانوا دائما أبدا يقتصرون على الفروع والجزئيات ويحصرون همهم فى ايجاد الحكم المناسب للموضوع محل البحث ولم يتجهوا أبدا الى محاولة استخلاص المبادىء العامة أو القواعد العامة من الحلول الفرعية فضلا عن أنهم لم يحاولوا أبدا بناء نظريات عامة [1] . ولعل ذلك يرجع الى تحرزهم من الوقوع فى الخطأ أو خوفهم من الاصطدام بحكم ورد فى الكتاب أو السنة . واتجه بعض الفقهاء منذ القرن الرابع الى محاولة تجميع الحلول الفردية وصياغتها فى قواعد كلية ولكنهم نصحوا بعدم الاستناد اليها لبيان حكم واقعة جديدة ما لم تكن هذه القواعد مستندة الى نص قرآنى

---

(١) تتشابه القواعد الكلية فى الشريعة مع ما يسمى فى القانون الوضعى بالمبادىء العامة والقواعد العامة مع وجود فارق أساس هو أن الأخيرة يستنبطها الفقه من ضمير الجماعة ومن مبادىء العدالة والقانون الطبيعى والروح العامة للقانون ومن أمثلتها : مبدأ المساواة أمام القانون ، مبدأ المساواة فى التكاليف العامة، حق الدفاع أمام القضاء ، مبدأ سلطان الارادة . وبالرغم من سمو هذه المبادىء الا أن الرأى الراجح فى الفقه يذهب الى أن صفة الالزام فيها ترجع الى تبنى المشرع الوضعى لها او الى تطبيقها امام القضاء ، ومن ثم يجوز دائما أبدا للمشرع أن يخالفها ويخرج عليها كما يجوز للقضاء أن يعدل فيها ، وكل ذلك تبعا لتطور المجتمع وما يسوده من أفكار وقيم . اما القواعد الكلية الشرعية فهى مستمدة مما ورد فى التشريع الاسلامى من نصوص وما يقوم عليه من أصول ، ومن ثم لايستطيع ولى الأمر ولا القاضى الخروج على هذه القواعد ، كما لا يجوز للقاضى الاعتماد عليها فيما يصدره من أحكام ما لم تكن القاعدة مستمدة من نص قرآنى أو سنة نبوية أو اجماع ، فان كانت القاعدة وليدة اجتهاد فقهى اعتمادا على الأصول العامة للتشريع الاسلامى يجب على القاضى حينما يستند اليها أن يردها الى الدليل الشرعى الذى تندرج تحته كالمصالح المرسلة والعرف ... الخ .

أو حديث نبوى أو مؤيدة بما جاء فى الكتب المعتمدة للفقهاء الأوائل (١).
وقد جمع واضعو مجلة الأحكام العدلية عددا كبيرا من هذه القـواعد الكلية بلغت تسع وتسعين قاعدة خصصوا لكل منهـا مادة فى المجلة .
ولكن تقرير اللجنة التى قامت بجمع المجلة ينص صراحة فى خصـوص هذه القوعد على أن « حكام الشرع (يعنى القضاة) ، ما لم يقفوا على نص صريح لا يحكموا بالاستناد الى واحدة من هذه القواعد » .

ومن أشهر هذه القواعد الكلية خمس هى :

١ ــ الأمور بمقاصدها : وهى مأخوذة من الحديث النبوى « انمـا الأعمال بالنيات ، ولكل امرىء ما نوى » . ومن تطبيقات هذه القاعدة بطلان زواج المحلل . ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فرعية أخرى مثل « العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمعانى » وقاعدة « الأصل بقاء ما كان على ما كان ما لم يوجد ما يغيره » وهى ما تعرف بالاستصحاب .

٢ ــ لا ضرر ولا ضرار : وهى عبارة عن نص حديث نبوى . ومعنى الضرار هو مقابلة الضرر بالضرر . وهذه القاعدة هى التى اعتمد عليها الفقهاء فى رعاية المصالح ودرء المفاسد . ويتفرع عنها عدة قواعد منها « الضرر يدفع بقدر الأمكان » أى دفع الضرر قبل وقوعه ، ومن تطبيقاتها جواز الحجر على المدين المعسر حماية للدائنين ، ومن تطبيقاتها ما قرره الفقهاء فى رعاية المصالح ودك المفاسد . ويتفـرع عنها عدة قواعد منها عن تلك القـاعدة قاعـدة « الضرر يزال » ، « الضرر لا يزال بمثله » فنفقة الفقير المحتاج لا تفرض على قريبه الفقير المحتـاج ، « والضرر الاشد يزال بالضرر الأخف » ، « يختـار أهون الشرين » ، « يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العـام » و « درء المفاسـد أولى من جلب المنـافع » .

---

(١) كان أول تجميع للقواعدالكلية فى القرن الرابع الهجرى على يد أبى طاهر الدباس الذى جمع سبع عشرة قاعدة ، ثم زادت على يد الكرخى (القرن الرابع) فاصبحت سبعا وثلاثين قاعدة . وتوالى جمعها بعد ذلك وشرحنا على يد العز بن عبد السلام (٦٦٠ هـ) ، والقرافى (٦٨٢ هـ) وابن رجب (٧٩٥ هـ) وابن نجيم المصرى (٩٧٠ هـ) . ثم جمعها واضعو مجلة الأحكام العدلية (استغرق عمل اللجنة سبع سنوات ما بين ١٢٨٦ ص ١٢٩٣ هـ) فى ٩٩ قاعدة .

٣ ــ المشقة تجلب التيسير : وهى مأخوذة من عدة آيات قرآنية منها « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر » والمقصود بالمشقة هنا المشقة التى تتجاوز الحدود المعتادة . وتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد فرعية منها : « الضرورات تبيح المحظورات » و « الضرورات تقدر بقدرها » .

٤ ــ العادة محكمة : وهى قاعدة مستنبطة بالاجتهاد وهذه القاعدة أملتها الحاجة . وعلى أساسها اعتبر العرف دليلا مستقلا تبنى عليه الأحكام ــ كما سبق أن رأينا (١) . ويتفرع عن هذه القاعدة عدة قواعد كلية منها : « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » و « المعروف عرفا كالمشروط شرطا » .

٥ ــ والقاعدة الخامسة مستنبطة بالاجتهاد أيضا وهى **« اليقين لا يزول بالشك »** وهى قاعدة يمليها العقل والمنطق لأن اليقين أقوى من الشك .

وسائل تطور القانون وطرق استنباط الأحكام فى القانون الرومانى :

كان للأصل العرفى للقانون الرومانى وانفصاله عن الدين واتسامه بالشكلية وتدوين بعض أحكامه أثر هام فى تحديد وسائل تطوره والطريقة الواجبة الاتباع فى استنباط الأحكام .

فاعتماده على العرف أدى ــ فى معظم عصور القانون الرومانى وأكثرها ازدهارا ــ الى ندرة تدخل المشرع لتعديل الأحكام عن طريق التشريع ، فهو لم ينشط ويسيطر على القانون الا فى أواخر عصور القانون الرومانى أى فى عصر الامبراطورية السفلى حينما أصبحت ارادة الامبراطور هى المصدر الأوحد للقانون . وقد أدى ذلك الى أن مهمة تطوير القانون كانت تقع على عاتق الفقهاء والبريتور قبل عصر الامبراطورية السفلى ، فضلا عن أن استقرار القواعد القانونية فى صورة صيغ واجراءات شكلية تستمد قوتها الالزامية من جريان العرف على تطبيقها أدى الى ضرورة الاستعانة بالحيلة لتعديل وتطوير النظم القانونية وانشاء مجموعة من القواعد القانونية مستقلة عن القانون المدنى ، هى القانون البريتورى وقانون الشعوب . واتصال الرومان بالاغريق منذ القرن الثانى قبل الميلاد أدى الى تأثرهم بالفلسفة الاغريقية واستعارة بعض الأفكار من مبادىء العدالة والقانون الطبيعى التى أسسوا عليها بعض النظم القانونية ، مثل الالتزام الطبيعى ، نظرية الاعذار،

---

(١) انظر : ما قبله ، العرف ، ص ١٨١ .

الخطأ التعاقدى ... الخ وأدى بهم أيضا الى الاستعانة بالمنهاج الجدلى فى البحث منذ القرن الأول قبل الميلاد سواء فى تفسير النصوص أم فى استحداث قواعد جديدة .

والطريقة التى سلكها الفقهاء الرومان فى تفسير القانون وطرق استنباط الأحكام (١) ، بعد اتباع المنهاج الجدلى فى البحث ، تقوم على التفرقة بين حاله وجود النص وحالة انعدامه . ففى حالة وجود النص تخلوا فى تفسيره عن التمسك بحرفية النص وأخذوا بروحه واضعين نصب أعينهم المقاصد الحقيقة للمشرع مراعين المصلحة العامة وما تقتضيه العدالة . وفى حالة عدم وجود نص فان الفقهاء لجأوا الى سد النقص عن طريق القياس ولجأوا أيضا الى الحيلة ثم عمدوا الى استخلاص القواعد العامة من الحلول الفردية ورتبوا على كل قاعدة كلية النتائج المنطقية التى تقتضيها . فاذا لم تسعفهم هذه الوسائل فى استنباط حكم للحالة المعروضة عليهم لجأوا الى استعارة بعض الأفكار من الفلسفة الاغريقية مثل ، العدالة وحسن النية، وأسسوا عليها الحكم القانونى، واقترحوا هذه الحلول على البريتور — وكانت بيده السلطة القضائية — فيدمجها فى منشوره السنوى فتصبح ملزمة ، وبعد زوال سلطة البريتور كانوا يقترحون هذه الحلول على الامبراطور الذى استأثر بسلطة تفسير القانون عن طريق مجلسه الاستشارى (موسوعة : ١ ، ٣٠ ، ١١ ، ١٢) . وقد أدى هذا المسلك الى تعدد القواعد الواجبة التطبيق وازدواج النظم القانونية : فبجانب القانون المدنى ظهر قانون الشعوب والقانون البريتورى وبجانب النظم القانونية المدنية ، مثل الملكية ، العقود ، الزواج ... الخ ، ظهرت نظم مناظرة لها فى كل من قانون الشعوب والقانون البريتورى ، فمثلا تعاصرت الملكية المدنية مع ملكية قانون الشعوب مع ملكية القانون البريتورى ولكل منها أحكامها الخاصة المتميزة . ثم اندمجت هذه النظم المتناظرة فى بعضها وتوحدت بصورة نهائية فى تقنين جستينان (٢) .

---

(١) أنظرين فى تفصيل ذلك : كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ص ٦٩ — ٧٧ و ص ١٣٠ وما بعدها وكتابنا ، بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى ، ص ١٠٢ ، والمراجع الواردة فيهما .

(٢) وهى ظاهرة شبيهة بما حدث فى القانون الانجليزى حيث كان القانون المدنى Common law هو الأصل وظهر بجانبه قانون مرن بعيد عن الشكلية هو قانون العدالة law of equity تكون نتيجة نشاط المستشار ،

وفى عصر الامبراطورية السفلى قفل باب الاجتهاد بصدور القانون المعروف باسم قانون الأسانيد عام ٤٢٦ للميلاد ، وبمقتضى هذا القانون أصبح لكتابات فقهاء العصر العلمى حجية أمام القاضى فيلتزم بها بشروط معينة . وبعدصدور تقنينات جستنيان أصبح الامبراطور هو المصدر الوحيد للقانون وأصبح أيضا الجهة الوحيدة التى يجوز الالتجاء اليها فى تفسير القانون ، بل ان هذا الامبراطور ذهب الى حد تحريم التعليق على ما أصدره من تقنينات أو شرحها .

وسائل تطور الشريعة وطرق استنباط الأحكام فيها : سلك الفقهاء المسلمون طريقا مغايرا تماما لطريقة الرومان فى تفسير القانون واستنباط الاحكام، وقد أطلقوا على أصول استنباط الاحكام من مصادرها علم أصول الفقه ، وبذلك تميزوا عن الفقهاء الرومان بل وعن سائر فقهاء العالم سواء فى العصور القديمة أو الحديثة . وقد كان لاعتماد الفقه الاسلامى على الوحى الالهى وخلو أحكامه من الشكلية واشتمال الكتاب والسنة على عدد قليل من القواعد القانونية وصياغتها فى صورة قواعد عامة كلية أثر هام فى وسائل وطرق تطويره . فعلماء أصول الفقه حددوا الأدلة الشرعية ، أى مصادر القاعدة القانونية ، وفرقوا بين الأدلة الرئيسية والأدلة التبعية، وحددوا مرتبة كل دليل منها ومدى اعتباره . وبينوا كيفية استنباط الأحكام من النصوص الواردة فى الكتاب أو السنة . وذلك لا يتم الا بعد فهم المعنى ، وهذا الفهم قد يظهر من عبارة النص أو اشارته أو اقتضائه أو مفهومه .

ولذلك قسم الحنفية دلالة النص الى دلالة بمنطوقه ودلالة بمفهومه . وتقسم دلالته بمنطوقه (١) الى : دلالة العبارة ، دلالة الاشارة ، دلالة الاقتضاء :

= فظهر الازدواج فى النظم القانونية وانتهى الامر بصدور عدة قرارات فى أواخر القرن الماضى تقضى بتطبيق القانونين معا واعطاء الأولوية لقانون العدالة عند التعارض .

انظر فى تفصيل ذلك ، كتابنا ، مبادىء تاريخ القانون ، ص ٣٤٧ — ٣٥٦ .

(١) ومن أمثلة ذلك قوله تعالى فى سورة البقرة : ٢٣٣ « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فقد استدل بعبارة النص على أن نفقة =

١ ــ دلالة عبارته : وتسمى أحيــانا المعنى الحرفى للنص أو المعنى الصريح) ويقصد به دلالة النص على المعنى الذى يتبــادر فهمــه من صيغة ألفاظه ويكون هو المقصود من سياقه • ٢ ــ ودلالة اشــارته ، يقصد به المعنى الذى لا يتبادر فهمه من ألفاظه ولا يظهر من سياقه ولكنه لازم للمعنى الظاهر من ألفاظه ، وبعبارة أخرى هو معنى لا يستفاد من العبارة ذاتها ولكنه يجيء نتيجة لازمة للمعنى المستفاد من العبارة • والفارق بين الحكم الثابت بالعبارة والحكم الثابت بالاشارة أن الاول قد سيق له النص بشكل مقصود أما الثانى فانه غير مقصود من السياق ولــكنه لازم للحــكم ويحتــاج فى استنبــاطه الى قــدر من التــأمل• ٣ ــ ودلالة اقتضاء النص (١) ، يقصد به المعنى الذى لا يستقيم الكلام الا بتقديره فصيغة النص لا تتضمن لفظا يدل عليه ولكن استقامة المعنى تقتضى وجود هذا اللفظ •

= الوالدات المرضعات تجب على أبى أولادهن . واستدل باشارته على حكم ثان هو أن نفقة الأولاد على أبيهم وحده دون غيره اذ ان هذا الحكم يشير اليه ما عبرت به الآية الكريمة بأنهم مولودون له ومختص بهم . واستدل بمفهوم موافقة النص على حــكم ثالث وهو أن أجر علاج الوالدات وثمن الأدوية اللازمة لهن تقع على عاتق أبى أولادهن لأن حاجتهن الى العلاج والدواء أشد من حاجتهن الى الطعــام والكســوة . انظر عبد الوهاب خلاف ، مصادر التشريع الاسلامى مرنة ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٤٥ ، ص ٢٥٦ .

ومن أمثلة ذلك أيضــا قوله تعالى « سورة البقرة : ٢٣٦ » لا جناح عليكم أن طلقتم النســاء ما لم تمســوهن أو تفرضوا لهن فريضة » فعبارة النص صريحة فى جواز الطلاق قبل الدخول أو قبل فرض المهر . وتدل اشارة النص على صحة عقد الزواج الذى ينعقد دون تقدير مهر للزوجة ذلك أن الطلاق لا يكون الا بعد عقد زواج صحيح •

(١) ومن أمثلة دلالة الاقتضاء قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم » . وفهم هذا النص يقتضى وجود لفظ محذوف وهو تحريم الزواج من الأمهات والبنات ... الخ .

وتقســم دلالة النص بمفهومه الى نوعين : مفهوم الموافقــة (١) . ومفهوم المخالفة (٢) .

أما فى حالة عدم وجود نص فقد بين الأصوليون أن الأحكام التى سنها الشارع فى المعــاملات ليست تعبدية بل مبنية على علل وأسباب شرعت لأجلها وأن هــذه العلل مرجعها الى تحقيق مصالح النــاس أى جلب النفع لهم ودرأ الضرر عنهم ، وقد بين الأصوليون عدة مســالك يتوصل بهــا الى تعرف علل الأحــكام ، وبذلك فتح باب القيــاس . وتوصلوا أيضا باستقراء أحكام الشريعة الى تحديد مقاصدها العــامة وهى لا تخرج — كما سبق أن رأينا — عن تحقيق أمر ضرورى للناس ، أو حاجى لهم أو تحسينى أو أمر مكمل لواحــد من هــذه الثلاثة . ورتبوا على ذلك عدة نتائج منها : ترجيح ما تقضى به المصلحة فى بعض الوقائع التى لا نص فيها على ما يقضى به القياس أو ما يقضى به تطبيق قواعد الفقه العامة ، وهذا هو المراد بالاستحسان ، ومنها أيضــا جواز بناء التشريع على المصلحة فى الوقائع التى لم يرد فيها نص . وعن طريق

---

(١) انظر ما قبله ، القيــاس ، ص ١٣٣ .

والشافعية هم الذين استعملوا مصطلح مفهوم الموافقة ، اما الحنفية فاسموه دلالة النص ، وبعض الفقهاء يسميه القياس الأولى أو القيــاس الجلى . ويقصد بهذا النوع من القياس ثبوت حكم المنطوق به على المسكوت عنه لاشتراكهما فى علة تعتبر هى مناط الحكم ، من غير حاجة الى نظر أو الاجتهاد . ومن امثلة ذلك قوله تعالى فى سورة الاسراء ٢٣ : « وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه وبالوالدين احسانا ، اما يبلغن عندك الكبر احدهما او كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما » . فالنص نهى عن الايذاء بقول اف لما فى هذه الكلمة من ايذاء ، ومن باب أولى ينهى عن الشتم والضرب لما فيهما من ايذاء . انظر ، عبد الوهاب خلاف ، أصول الفقــه ص ١٧٠ .

(٢) ويقصد به ثبوت حكم للمسكوت عنه مخالف لما دل عليه حــكم المنطوق به لانتفاء قيد من القيود المعتبرة فى الحكم المنطوق به . وهذا القيد قد يكون صفة أو شرطا . ومن امثلة قيد الصفة قوله تعالى فى سورة النساء: ٢٥ « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمن ما ملكت أيمانكم من فتيـاتكم المؤمنــات » فمنطوق الآية يدل على جواز الزواج من الاماء المؤمنات وتدل بمفهوم المخالفة على تحريم الزواج من الاماء الكافرات. ومن أمثلة قيد الشرط قوله تعالى « فى سورة الطلاق : ٦ « وان كن أولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » فمنطوق الآية يدل على وجــوب النفقة للمطلقة طلاقا بائنا أن كانت حاملا ودلت بمفهوم المخالفة على عــدم وجوب نفقة لهــا ان كانت غير حامل لانتفاء الشرط الذى علق عليه حكم النفقة وهو الحمل .

هذه الأدلة (الاجماع ، القياس ، الاستحسان ، المصالح المرسلة) دخلت القواعد العرفية فى الفقه الاسلامى واندمجت فيه طالما أنها لا تعارض نصا قطعى الدلالة فى الكتاب أو السنة وطالما أنها لا تخالف الروح العامة للتشريع الاسلامى . ثم أصبح العرف دليلا مستقلا .

ويبين من ذلك أن طريقة الفقهاء المسلمين فى استنباط الأحكام تندرج — على حد تعبير أستاذنا المرحوم عبد الوهاب خلاف — على الوجه الآتى : « خلاصة القول فى مصادر التشريع الاسلامى أن الوقائع التى وردت نصوص فى القرآن أو السنة بأحكامها تطبق فيها أحكام هذه النصوص . وأن الوقائع التى لم ترد نصوص بأحكامها واتفق جماعة من أهل الذكر وأولى العلم على حكم فيها يتبع حكمهم فيها . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها يستنبط حكمها بالقياس على ما ورد النص به ، أو بتطبيق قواعد الشريعة العامة ومبادئها الكلية . وإذا كان مقتضى القياس أو تطبيق القواعد العامة فى جزئية من الجزئيات يفوت مصلحة أو يؤدى الى ضرر أو حرج يعدل عنه الى ما يقتضيه الاستحسان من الحكم الذى يتفق والمصلحة ويدل عليه وجه الاستحسان . وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ولا يقتضى حكما فيها قياس أو تطبيق قاعدة عامة يشرع فيها الحكم بناء على ما تقتضيه المصلحة المطلقة بشرط أن تكون مصلحة عامة لا فردية ، وأن الوقائع التى لا نص على حكمها ولا اتفاق لأهل العلم على حكم فيها ، ولا دلالة لقياس أو استحسان أو مصلحة مرسلة على حكم فيها فحكمها الاباحة بناء على أن الأصل فى الأشياء الاباحة مصداق قوله تعالى : « وهو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا » (١) .

وترتب على ذلك أن الأحكام التى توصل اليها الفقهاء بطريق الاستنباط كانت جزءا لا يتجزأ من التشريع الاسلامى وتكون مع الكتاب والسنة وحدة متكاملة ، ولذلك لم تكون نظاما قانونيا مستقلا بجانب الكتاب والسنة على غرار القانون البريتورى أو قانون الشعوب بجانب القانون المدنى الرومانى أو قانون العدالة بجانب القانون العادى فى

---

(١) عبد الوهاب خلاف ، البحث السابق الاشارة اليه فى مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٣٨٢ وما بعدها .

القانون الانجليزى ، بل كونت مع الكتاب والسنة وحدة متجانسة ومترابطة منذ البداية • واعتماد الشريعة الاسلامية على الوحى الالهى أدى الى أن جميع الأدلة الأخرى تقوم بدور تكميلى ليس الا ، ولا تستطيع تعديل أو تغيير حكم فيها ولا معارضته وأقصى ما يمكن أن تقوم به هو تخصيص النص على التفصيل الذى سبق أو أردناه • وفى هذه النقطة يظهر الخلاف بين الشريعة وما كان عليه الحال فى القانون الرومانى قبل عصر الامبراطورية السفلى • وصياغة القواعد القانونية فى الكتاب فى صورة قواعد عامة كلية أدى الى قلة الالتجاء الى الحيلة وأكسب الفقه الاسلامى مرونة كبرى •

المبحث الثالث

خصائص القاعدة القانونية ونطاقها فى القانون الرومانى وفى الشريعة

تتحدد وظيفة القانون ببيان الأغراض التى يستهدف تحقيقها وما يضعه لبلوغ هذه الأغراض من وسائل •

اختلاف المقاصد : تختلف مقاصد الشريعة عن مقاصد القانون الرومانى فهى مثالية فى الشريعة ونفعية فى القانون الرومانى •

القانون الرومانى : من المعروف أن القانون الرومانى يتوخى غاية نفعية محض هى حفظ حريات الناس وتحقيق مصالحهم بما يكفل استقرار المجتمع وتقدمه • وتبعا لذلك تحددت وسيلة بلوغ هذا الغرض ، وهى التوفيق بين حريات الناس ومصالحهم المتعارضة على أساس الحرية والمساواة فى ضوء ظروف المجتمع الاجتماعية والاقتصادية بما يكفل له استقراره وتقدمه فاقتصر القانون على تنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس فى المجتمع •

هذه الغاية النفعية هى التى دفعت بالقانون الرومانى الى النظر الى مصلحة الفرد الخاصة وتقديمها على مصلحة الجماعة فجاءت نظمه مشبعة بروح الأثرة والأنانية • ولذلك ضاق مجال القاعدة القانونية ، واقتصر دور الدولة على حفظ الأمن فى الداخل وحماية البلاد من العدوان الخارجى ولكنها لا تتدخل فى النشاط الاقتصادى ولا تقف بجانب الضعيف اجتماعيا أو اقتصاديا ، وتترك كل ذلك للجهد الفردى •

الشريعة الاسلامية : غايتها مثـالية ، فهى وان اتفقت مع القـانون الرومانى فى بعض مقاصدها وهى المحافظة على مصالح النـاس وكيان المجتمع الا أن نطاقها يمتد الى مجالات أوسع من القانون الرومانى ، فمقاصدها ــ كما سبق أن ذكرنا ــ تقوم على كفالة ضروريات النـاس وتوفير حاجيـاتهم وتحسينـاتهم •

والغاية المثالية للفقه الاسلامى هى التى جعلته يغلب مصلحة المجتمع على مصلحة الفرد دون أن يصـل الى حد اذابة كيـان الفرد فى سبيل المجتمع • فهو من ناحية يعترف للفرد بكيانه وكرامته داخل المجتمـع فاعترف بالملكية الفردية • وهو من ناحية أخرى يراعى مصلحة المجتمع ، فينظمه على أسـاس من الأخوة والتـكافل الاجتماعى ، ويظهر ذلك فى العـديد من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى تحرم الاثراء على حساب الغير والربا وعقود الغرر والمخاطرة ، والنصوص التى تسنـع الاحتكار ... الخ • وهو بذلك يسلك مذهبـا وسطـا بين المذاهب الفردية والمذاهب الجمـاعية (الاشتراكية) (١) •

نتائج اختلاف المقاصد : ترتب على الاختلاف بين القانون الرومانى والشريعة الاسلامية من حيث المقاصـد والغـايات أن اختلفت الوسائل التى وضعها كل منهما لتحقيق هذه الغايات وترتب على هذا الاختلاف عدة نتائج أهمها : مضمون الخطاب ، تخصيص القاعدة القانونية بالشخص ، والزمان والمكان ، الجزاء •

§ ١ ــ مضمون الخطاب

من المعروف أن الناس فى كل مجتمع يتواضعون على مجموعة من قواعد السلوك يتبعونها فى علاقاتهم الاجتماعية • والقـانون لا يتبنى كل قواعد السلوك فى المجتمع بل يتخير بعضها ويضع جزاءا ضـد من يخالفها • والمعيار الذى يتبعه الشارع فى اختيار هـذه القواعد يتحدد تبعا لمقاصد القانون • فان كانت هذه المقاصد نفعية محض ، أى الاقتصار على حفظ حريات الناس ورفع التضارب بين مصالحهم بما يكفل استقرار المجتمع ويضمن تقدمه ، ضاق مضمون القاعدة القانونية واقتصر الخطاب

---

(١) انظر ، كتابنا ، اشتراكيتنا الديمقراطية ، ص ١٥ وما بعدها • انظر ، ما قبله ، ص ٥١ وما بعـدها •

الذى يوجهه الشارع الى الأفراد على المصالح التى يرى الشارع أنهـا ضرورية لاستقرار المجتمع ، تاركا ما عداها لقواعد المجاملات والعادات والتقاليد أو لقواعد الأخلاق والدين . أما ان كانت مقاصـد القـانون لا تقتصر على الجانب النفعى بل تتجاوزه الى غاية مثالية تتوخى السمو بالانسان والوصول به الى الكمال اتسعت دائرة الخطاب بحيث تشمل جل أن لم يكن كل قواعد السلوك فى المجتمع .

القانون الرومانى : وبالنظر الى أن القـانون الرومانى يتوخى غاية نفعية فانه فصل بين القانون والدين والأخلاق وضيق من دائرة القانون ، فاقتصر على تنظيم بعض العلاقات الاجتماعية التى تنشأ بين النـاس فى المجتمع وترك بعض قواعد السلوك فى المجتمع دون أن يقرر جزاءا على مخالفتها مكتفيا بما يحل بالفرد ، عند وقوع المخـالفة ، من استنكار الناس لمسلكه أو تأنيب ضميره . ولم يلزم الفرد بأى واجب نحو نفسه ولا نحو ربه واقتصر على الأعمال الظاهرة للفرد ولم يحفل بنواياه كأصل عام . ومن هنا تتسع دائرة الأخلاق والدين عن دائرة القـانون بل انه فى بعض الحالات يقرر أحكاما تتنافى مع ما تقضى به الأخلاق والدين ، منها أن القانون المدنى الرومانى كان يعتد بالتصرفات القانونية ولو كانت الارادة معيبة ، جواز اكتساب الملكية بالتقادم حتى ولو كان واضع اليد سىء النية وغير مزود بسند صحيح .. الخ . وهو لا يحاسب الشخص الذى يسىء استعمال حقه اذ تسوده قاعدة « ما ظلمك آخذ بحقه » ، وهو لا يعرف مبدأ تعـادل التزامات طرفى العقـد ولا يحمى الطرف الضعيف فى العقد ولا يعرف واجب مساعدة الغير ولا يضع مبدأ عاما بضرورة تعويض الغير عما يلحقه من أضرار (١) .

الشريعة الاسلامية : ان غاية الشريعة الاسلامية ، كما سبق القول ، غاية مثـالية ، ولذلك تقوم مقاصـدها على كفالة ضروريات النـاس وحاجياتهم وتحسيناتهم . وهى تتلاقى مع القانون الرومانى وغيره من القوانين فى تصدى القـانون لتنظيم الضروريات والحاجيات الا أنهـا تختلف عنه فى خصوص التحسينات . فمن المسلم أن من التحسينات أمورا تقتضيها الآداب ومـكارم الأخـلاق . ويبين من ذلك أن غاية التشريع

(١) أنظر ، كتابنا ، اشتراكيتنا الديمقراطية ، ص ١٥ ؛ كتابنا ، بين الشريعة والقانون الرومانى .

الاســـلامى ليست نفعية محض بل هى تستهدف غاية مثـــالية ، ولذلك نظمت واجب الفرد نحو ربه (عن طريق العبادات) وواجبه نحو نفسه (عن طريق تهذيب أخلاق الفرد) فضلا عن تنظيم علاقة الفرد بغيره من الناس . ومن هنا كانت الشريعة قانونا ودينـــا وأخلاقا فى نفس الوقت وهذا الاختلاف فى نطاق الهـــدف أدى الى اختـــلاف الوســـيلة ، فهى لا تقتصر على تنظيم المجتمع على أساس من الحرية والعدل والمســـاواة كما يفعل القانون الرومانى ، بل تعنى بجانب ذلك بتهذيب أخلاق الفرد نحو نفســـه ونحو ربه حتى يكون مصـــدر خير للجمـــاعة ، عن طريق ما شرعت من أحـــكام العبادات والأخلاق القويمة فاعتدت بنواياه ولم تقف عند حد المظهر الخارجى لأعماله . ولذلك كان من الأصول المقررة فيها أن الأمور بمقاصدها . واستلزمت أن يكون قصد الفرد فى العمل الذى يقوم به موافقا لقصد الشارع (١) .

هذه الغاية المثـــالية للشريعة هى التى أدت الى عدم الفصـــل بين القواعد القانونية والقواعد الأخلاقية والدينية ؛ فقامت كثير من النظريات القانونية فى الفقه الاســـلامى على أســـاس أخلاقى نخص منها بالذكر نظريتين لم يعرفهمـــا القـــانون الرومانى وما زالتـــا تتعثران فى الشرائع الحديثة ؛ هما نظرية سوء استعمال الحق ؛ ونظرية الضرورة (من أهم تطبيقاتها فى الشرائع الحديثة نظرية الظروف الطارئة) . فالفقه الاسلامى يقيد استعمال الحق (٢) ليس فقط بعدم وجود نية ايذاء الغير أو انتفاء الاهمال أو المصلحة بالنسبة لصاحب الحق بل يقيد استعمال الحق أيضا بالغرض الاجتماعى والاقتصادى الذى تقرر الحق من أجله . ومن أهم تطبيقات نظرية سوء استعمال الحق فى الفقه الاسلامى ، حقوق الجوار (المواد ٥٧ — ٧١ من مرشـــد الجيران) . والرفق بالمدين عند التنفيذ على أمواله (المادة ١٦٤ من مرشـــد الجيران) .

أما نظرية الضرورة فقد صاغها الفقهاء المسلمون على أساس بعض الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التى يعبر عنها فى عدة قواعد كلية منها :

---

(١) عبد المنعم الصده ، القـــاعدة القـــانونية ، ص ١٤ ، ما قبله ، ص ٢٨٩ .

(٢) انظر فى تفصيل نظرية سوء استعمال الحق فى الفقه الاسلامى .
Fathy, la doctrine musulmane de l'abus de droits, lyon, 1913 Morand. Etude de droit musulman algerien 1910, p. 301-309.
السنهورى ، وجوب تنقيح القانون المدنى ، مجـــلة القانون والاقتصـــاد ١٩٣٦ ، ص ١٢٦ .

لا ضرر ولا ضرار ، المشقة تجلب التيسير ، الضرورات تبيح المحظورات . الضرر يدفع بقدر الامكان ... الخ ، ومن أهم تطبيقات هذه النظرية جواز فسخ عقد الايجار بالأعذار أو بسبب الجوائح (١) . وقد وصف الفقيه الفرنسى « لامبير » هذه النظرية بقوله « تعبر نظرية الضرورة فى الفقه الاسلامى أشد ما تكون جزما وشمولا ، عن فكرة يوجد أساسها فى القانون الدولى العام فى نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال على ما هو عليه) وفى القضاء الادارى الفرنسى فى نظرية الظروف الطارئة ، وفى القضاء الانجليزى فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التى نشأت بسبب الحرب ، وفى القضاء الدستورى الامريكى فى نظرية الحوادث المفاجئة » (٢) .

§ ٢ — تخصيص القاعدة القانونية بالشخص والزمان والمكان :

من المعروف أن القاعدة القانونية تخاطب الناس فى المجتمع ، ومن ثم فهى قاعدة اجتماعية . وتحديد المجتمع والأشخاص المخاطبين بالقانون يتوقف على مقاصد القانون وما يصيب المجتمع من تطور يظهر صداه فى مضمون القاعدة القانونية .

القانون الرومانى : ان الغاية النفعية للقاعدة القانونية الرومانية أدت من ناحية الى توجيه الخطاب الى الفرد دونما اهتمام بمصالح الجماعة وأدت من ناحية ثانية الى قصر هذا الخطاب على الأفراد الذين ينتمون الى طائفة معينة من الناس فى مجتمع معين . وتطور المجتمع الرومانى أدى الى اتساع مجال تطبيق القانون الرومانى واتساع دائرة المخاطبين بأحكامه ولكنه ظل دائما أبدا يقصر خطابه على الفرد دونما اهتمام بصالح الجماعة . ففى بادى الأمر اقتصر الخطاب على أرباب الأسر من الأحرار فى مدينة روما . فهو لا ينطبق فى غير مدينة روما ولا يشمل التابعين لرب الأسرة ولا الأجانب ولا الأرقاء . وبصدور قانونى جوليا وبلوتيابابريا (٩٠ — ٨٩ ق.م) امتد تطبيقه الى كل الأحرار من أبناء ايطاليا ، وبصدور دستور الامبراطور كراكلا عام ٢١٢

---

(١) الكاسانى ، جـ ٤ ، باب الاجارة ، كتابنا ، بين الشريعة والقانون الرومانى ، ص ١٣١ والمراجع الواردة فيه .

(٢) Lambert, le congres international de droit comparé
بحث منشور فى مجلة القانون والاقتصاد ، السنة الثانية ، ص ٣٠٢ .

للميلاد اكتسب كل سكان الامبراطورية الرومانية من الأحرار الجنسية الرومانية فأصبح القانون الروماني واجب التطبيق فى كل أجزاء الامبراطورية • ومن ناحية أخرى أدى التطور الى الاعتراف لابن الأسرة شخصية قانونية مقيدة بشروط معينة • ورغم كل هذه التطورات التى أدت الى تحول القانون الرومانى الى قانون عالمى يحكم العالم القديم كله الا أنه ظل حتى سقوط الامبراطورية الرومانية لا يخاطب الأشخاص الذين يعيشون فى دول خارج الدولة الرومانية — وقد أطلق عليهم الرومان تعبير البرابرة barbari — وظل أيضا لا يخاطب الأرقاء •

ومن ناحية أخرى ترتب على الغاية النفعية للقانون عند الرومان أن تخصصت قواعد القانون الرومانى بالزمان والمكان • فقواعده من صنع العقل البشرى ومقصورة على تنظيم العلاقات بين الناس فى مجتمع معين ولذلك فان التطورات الاجتماعية والاقتصادية فى المجتمع الرومانى كانت تؤدى دائما أبدا الى تعديل أحكامه • فالقانون الرومانى فى عصوره القديمة يختلف عنه فى العصر العلمى وفى عصر الامبراطورية السفلى • واختلاف البيئات بدخول شعوب كثيرة فى حوزة الامبراطورية الرومانية أدى الى تعديل أحكامه لكى تناسب هذه البيئات الجديدة •

الشريعة الاسلامية : ان الشريعة الاسلامية شريعة عالمية لأن الرسول عليه الصلاة والسلام أرسل للناس (١) كافة وجميع البشر مخاطبون بأحكامها بصرف النظر عن دينهم ولغتهم وجنسيتهم ، لا فرق فى ذلك بين أعضاء الأسرة ورب الأسرة ولا بين الرقيق والحر ولا بين من يستظلون براية الدولة الاسلامية ولا من ينتمون الى الدول غير الاسلامية مع ملاحظة أن الفقهاء أباحوا للذميين وللمستأمنين داخل الدولة الاسلامية التعامل وفق دينهم فى حالات معينة على سبيل الاستثناء كما سبق أن رأينا (٢) •

وبالنظر الى أن الشريعة الاسلامية تعتمد على الوحى الالهى فانها لا تقتصر على تنظيم علاقات الناس ببعضهم البعض الآخر فى المجتمع ، بل تنظم أيضا واجبات الفرد نحو نفسه ونحو ربه ، وترتب على ذلك أن الأحكام الخاصة بواجب الفرد نحو نفسه ونحو ربه أى أحكام

---

(١) سورة ، سبأ : ٢٨ « وما ارسلناك الا كافة للناس » •
(٢) أنظر ، ما قبله ، ص ٢٤٦ — ٢٤٧ •

الأخلاق والعبادات لا تتخصص بالزمان والمكان بل هى أحكام ثابتة وأبدية لا تتغير ولا تتعدل . أما أحكام المعاملات ، وهى الأحكام التى تنظم علاقات الناس ببعضهم البعض الآخر ، فمنها ما قرره الشارع على سبيل الدوام مثل الأصول العامة ومثل بعض الأحكام كالحدود والجهاد والميراث وقواعده ... الخ ، ومنها ما أباح الشارع تعديله لمصلحة الناس حسب اختلاف البيئة والزمان ، كالتعزير وبعض أحكام العقود ... الخ (١) . وهذا النوع الأخير من الأحكام يتغير بتغير الأزمنة والبيئات كما سبق أن رأينا عند دراستنا للاستحسان والعرف والمصالح المرسلة فى الشريعة الاسلامية (٢) .

§ ٣ — الجزاء

القانون الرومانى : تتميز القاعدة القانونية عند الرومان بوجود جزاء دنيوى حال يلحق من يخالفها ، وتتنوع صور الجزاء تبعا لنوع القواعد القانونية ، فيكون الجزاء مدنيا أو جنائيا ولا يوجد أبدا جزاء دينى أو أخروى بعد ما تم انفصال القانون عن الدين عند الرومان منذ صدور قانون الألواح الأثنى عشر .

الشريعة الاسلامية : ان مقصد الشريعة الاسلامية ليس نفعيا محضا بل مثاليا ؛ ومن هنا تطابقت مقاصد القانون والأخلاق والدين ؛ وحفل الشارع بالأعمال الظاهرة وبالنوايا أيضا وحاسب عليها جميعا سواء بتقرير جزاء دنيوى أم جزاء أخروى أم بالاثنين معا . وسواء فى ذلك ما تعلق منها بعلاقة الفرد بغيره ، أم فى واجبه نحو نفسه أم فى واجبه نحو ربه . والحال كذلك بالنسبة لما نسميه قواعد المجاملات فهى وان كانت تعتبر فى الشريعة الاسلامية من قبيل الآداب الاسلامية الا أنها قررت لها جزاء دنيويا أو أخرويا . وترتب على ذلك أن الحكم

---

(١) وفى ذلك يقول ابن القيم فى كتابه اغاثة اللهفان فى مصايد الشيطان ، ص ١٧٩ (اشار اليه عبد المنعم الصده ، القاعدة القانونية ، ص ٢٦) « الأحكام نوعان ، نوع لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها ، لا بحسب الأزمنة ولا الأمكنة والاجتهاد والائمة ، كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق اليه تغيير ولا اجتهاد يخالف ما وضع عليه . والنوع الثانى ما يتغير بحسب اقتضاء المصلحة له زمانا ومكانا وحالا كمقادير التعزيرات وأجناسها وصفاتها ، فان الشارع يتنوع فيها بحسب المصلحة ... » .

(٢) انظر ما قبله ص ١٦٤ وما بعدها من هذا الكتاب .

الشرعى ، أى الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى فعل المكلف من وجوب وندب وحرمة وكراهة واباحة ، ينصب على المعاملات والعبادات والآداب (الأخلاق) .

والواقع أن الجزاء الأخروى ، وهو الثواب والعقاب ، يلحق كل الأفعال سواء اتصلت بشئون العبادات أم الأخلاق أم المعاملات . أما الجزاء الدنيوى سواء كان مدنيا أم جنائيا أم يدور بين العقوبة والضمان (التعويض) فيطبقه القاضى أو الحاكم . ويقتصر تقرير هذا الجزاء الدنيوى — كأصل عام — على المخالفات التى تصلح محلا للاثبات[1] لاستنادها الى وقائع يمكن اقامة الدليل عليها ، كجرائم القتل والسرقة وقطع الطريق والاعتداء على الأموال ، وكامتناع البائع عن تسليم المبيع وابرام عقد باطل ... الخ ، فهذه وما شاكلها يكون لها جزاء دنيوى يطبقه القضاء وينفذه الحاكم . أما المخالفات التى لا يجرى عليها الاثبات لكونها خفية لا يمكن ضبطها بمظاهر محددة ، كالغيبة والنميمة والكذب والحقد ، فهذه يكون الجزاء عليها أخرويا . وعلى هذا الأساس فرق الفقهاء بين ما هو واجب قضاء وما هو واجب ديانة .

الخلاصة : ونخلص من كل ما تقدم الى أن القانون الرومانى يختلف اختلافا بينا عن الشريعة الاسلامية من حيث المصادر وطرق التفسير . ففيه تنحصر مصادر القاعدة القانونية فى ارادة الامبراطور منذ عصر الامبراطورية السفلى ، أما فى الشريعة فتنحصر مصادرها فى الوحى الالهى . وطرق تفسير القانون الرومانى تقوم أساسا على الطريقة الجدلية ووضع القواعد والنظريات العامة ، أما فى الشريعة فطريقة الفقهاء تحليلية عند مورد النص واستقرائية عند انعدامه ، وفى الحالتين يندر الاهتمام باستخلاص القواعد العامة من الحلول الفرعية . وحتى فى حالة وضع قواعد كلية فانهم لا يجيزون بناء الحكم عليها وحدها . وغاية القانون الرومانى غاية نفعية محض بينما غاية الفقه الاسلامى غاية مثالية تبغى صلاح الفرد والمجتمع معا والوصول بهما الى درجة الكمال . وترتب على كل ذلك اختلاف فى طبيعة وخصائص القاعدة القانونية فى القانون الرومانى وفى الشريعة الاسلامية .

وأوجه الخلاف هذه تضفى على كل من الشريعة والقانون الرومانى

---

(١) أنظر ، عبد المنعم الصده ، القاعدة القانونية ، ص ٢٩ .

طابعــا يميزهما عن بعضهما ، ويؤدى الى القول باستحالة وجود تأثر بينهما فى هــذا المجــال . ولذلك فان ما نادى به بعض المستشرقين ، وعلى رأسهم جولدزيهر ، الذين قالوا بتأثر الفقه الاسلامى بالقــانون الرومانى عن طريق المصادر وطرق التفسير اعتمادا على التماثل فى معنى بعض المصطلحات العلمية أصبح لا يحظى بتأييد المستشرقين المعاصرين (١) (مثل مقارنة اصطلاح Prudentia بالفقه ، تقسيم القــانون الرومانى الى مــكتوب وغير مــكتوب ومقــارنته بالتقسيم الشرعى الى النص والقياس ، مقارنة تعبير opinio بالرأى عند المسلمين ، مقــارنة تعبير consensus بالاجماع) . فلكل مصطلح من هــذه المصطلحــات مدلول فنى يختلف فى الشريعة عنه فى القــانون الرومانى (٢) .

(١) أنظر : شاخت ، البحث السابق الاشارة اليه ، ص ١٣ .

(٢) انظر فى دراسة هذه المصطلحات وبيان مدلولها ومقارنتها : كتابنا ، بين الشريعة والقانون الرومانى ، ص ١١٤ وما بعدها .

الفصل الثالث

الهيكل القانونى لنظم القانون الخاص

من المسلم أن الهيكل القانونى لنظم القانون العام مختلفة تماما عن نظيرتها عند الرومان ولذلك فلا محل لدراستها هنا • أما نظم القانون الخاص فانها كانت مجلا لبحوث كثيرة قام بها أنصار نظرية تأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى ، ولا نكاد نجد بحثا من تلك الأبحاث يخلو من بيان بعض أوجه الشبه بين بعض النظم القانونية الاسلامية ونظائرها فى القانون الرومانى (١) • ولن نستطيع — هنا — تتبع تلك النظم التى قيل بأنها متشابهة بغية مناقشتها والرد عليها ، ذلك أن معظم تلك القواعد المتشابهة — رغم قلتها — عبارة عن قواعد جزئية أو أحكام تفصيلية ولم ترق الى مرتبة المبادىء العامة • والتشابه فى الحلول الجزئية — بشهادة أنصار نظرية تأثر الشريعة بالقانون الرومانى أنفسهم — لا يعتبر دليلا على التأثر ، كما سبق أن قلنا •

لذلك سنكتفى — هنا — بالمقارنة بين المبادىء العامة التى تحكم القانونين فى كل من : الأحوال الشخصية ، الأموال ، الالتزامات •

المبحث الأول

الأحوال الشخصية

المطلب الأول

الشخصية القانونية

اولا : فكرة الشخصية القانونية (٢) : من هو الشخص فى نظر

---

(١) أنظر فى تفصيل نظم الحكم فى الاسلام ، ضياء الدين الريس ، النظريات السياسية الاسلامية ، الطبعة السادسة ، القاهرة ١٩٧٦ ، عبد الحميد متولى ، الدولة فى الاسلام ، القاهرة ، ١٩٧٨ ، فاروق النبهانى ، نظام الحكم فى الاسلام ، الكويت ، ١٩٧٤ .

(٢) أنظر : اسماعيل غانم ، محاضرات فى النظرية العامة للحق ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ١٥١ وما بعدها .

القانون ؟ هو من كان أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات .
والقانون فى تقريره للحقوق على هذا الوجه للشخص القانونى يهدف الى حماية المصالح التى تنشأ فى المجتمع ، وهذه المصالح تنشأ — بطبيعة الحال — بين أفراد المجتمع أى بين الآدميين . ويلاحظ من جهة أخرى أن أداء الواجبات لا يتصور الا من الانسان . وبناء على ذلك كان الواجب ألا يعترف القانون بالشخصية القانونية الا للانسان ، لأن العلاقات القانونية لا تنشأ عادة الا بين أفراد الناس فى المجتمع . ويطلق على تلك الشخصية القانونية المعترف بها للانسان اسم الشخصية الطبيعية . ولكن قد يجتمع عدد من الأفراد لتحقيق غرض معين ، سواء كان ذلك الغرض هو تحقيق ربح مادى ، كما هو الشأن فى الشركات ، أم تحقيق غرض آخر غير الربح المادى ، كما هو الشأن فى الجمعيات ، وقد يتفق عدد من الأفراد على رصد مجموعة من الأموال لتحقيق غرض من أغراض البر أو النفع العام كما هو الشأن فى المؤسسات . ولا شك أن هذه الشركات والجمعيات والمؤسسات ستقوم — بغية تحقيق أغراضها — بنشاط قانونى .
فلمن تنسب الحقوق والالتزامات الناتجة عن ذلك النشاط القانونى ؟
لا يمكن — بطبيعة الحال — نسبتها الى الأشخاص المكونين لها أو المستفيدين منها لأنهم متعددون ومتغيرون بينما الغرض الذى تسعى اليه تلك الهيئات موحد ودائم ، والحال كذلك بالنسبة للنشاط القانونى الذى تقوم به الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام . لذلك اعترف القانون بالشخصية القانونية للدولة ولغيرها من أشخاص القانون العام كما اعترف بها للجمعيات والشركات والمؤسسات ، ويطلق على تلك الشخصية القانونية تعبير الشخصية الاعتبارية .

لذلك نجد نوعين من الأشخاص القانونية : الشخص الطبيعى وهو الانسان ، والأشخاص الاعتبارية أو المعنوية كالمؤسسات والشركات والجمعيات وبعض الهيئات العامة ، وهى شخصية مستقلة ومتميزة عن شخصية الداخلين فى تكوينها أو المستفيدين منها . والقانون حينما يمنح

الشخصية القانونية لغير الانسان يهدف الى « تحقيق الوحدة والاستمرار فى مجموع من الروابط القانونية تدور حول غرض واحد وتمس مصالح أفراد متعددين » (١) .

فما هو موقف الفقه الاسلامى والقانون الرومانى من فكرة الشخصية القانونية ؟

القانون الرومانى (٢) : اعترف القانون الرومانى بالشخصية القانونية ــ كقاعدة عامة ــ للانسان بشروط معينة هى تمتعه بصفات ثلاث : الحرية والجنسية الرومانية وكونه رب أسرة . ولكنه منحها ــ بصفة استثنائية ــ لغير الانسان . فهو قد منحها لبعض الهيئات العامة كالدولة والمدن والبلديات وللجمعيات ذات الغرض الدينى أو الاجتماعى ، مثل جمعيات الملتزمين بجمع الضرائب (موسوعة : ٣ ، ٤ ، ١ ، ٢ ، فاتحة) . وفى العصر البيزنطى منحها للمؤسسات الخيرية والدينية مثل الكنيسة .

وبذلك يكون القانون الرومانى قد عرف الشخصية الاعتبارية بجانب الشخصية الطبيعية . وهذه الشخصية الاعتبارية عبارة عن شخصية مستقلة ومتميزة عن شخصية الأشخاص المكونين للجمعيات والمؤسسات والهيئات وقد عبر عن ذلك الفقيه البيانوس بقوله : « اذا كان هنالك أمر واجب الأداء الى جماعة من الجماعات ، فان الأشخاص المكونين لهذه الجماعة لا يعتبرون دائنين بصفتهم ، وكذلك لا يعتبرون مدينين شخصيا بما يجب على الجماعة المذكورة أداؤه » .

الفقه الاسلامى : أخذ الفقه الاسلامى بمبدأ مخالف للمبدأ الذى أخذ به القانون الرومانى (٣) فالفقه الاسلامى لا يعترف بالشخصية القانونية الا للانسان ، ولا يعرف الشخصية الاعتبارية . ولعل ذلك يرجع الى أن مصدر الفقه الاسلامى مصدر دينى والمخاطبين بأحكامه هم البشر ، فلا يتصور تكليف غير بنى الانسان بتلك الأحكام .

---

(١) نفس المرجع ، ص ١٥٣ .

(٢) انظر : محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٣٠١ : كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، الشخصية القانونية .

(٣) انظر : عبد الرحمن حسن ، المقال السابق الاشارة اليه ، ص ٣١٦ حيث أشار الى ذلك الاختلاف بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى .

والشخصية القانونية ـ كما سبق أن عرفنا ـ هى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات • وهذا التعريف يختلط بأهلية الوجوب التى يعبر عنها أيضا بصلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات • ومناط هـذه الصـلاحية « الذمة » (١) ، والذمة لا تكون الا للانسان عند الفقهاء الشرعيين • لذلك نجدهم يقررون أن الوقف ـ مثلا ـ لا ذمة له : « المصرح به أن الوقف لا ذمة له ، وأن الاستدانة من القيم لا تثبت الدين فى الوقف ، اذ لا ذمة له ، ولا يثبت الدين الا على القيم ، ويرجع به على الوقف ، وورثته تقوم مقامه فى الرجوع » (٢) •

وعدم الاعتراف بالشخصية الاعتبارية فى الفقه الاسلامى ترتب عليه كثير من الصعوبات من الوجهة العملية ، ولكن الفقهاء المسلمين تغلبوا على تلك الصعوبات بما ابتدعوه من وسائل فنية دقيقة توصلوا بها الى نفس النتائج التى تترتب على الاعتراف بالشخصية الاعتبارية (٣) • ويتشابه الفقه الانجلو سكونى مع الفقه الاسلامى فى هذا المجال •

وقد توصل الفقه الاسلامى الى النتائج المفيدة لفكرة الشخصية المعنوية ، وهى استمرار الشخص المعنوى فى أداء وظيفته بصرف النظر عن تغير القائمين عليه أو المستفيدين منه والاعتراف له بذمة مالية مستقلة عن هؤلاء وأولئك ، عن طريق فكرتى : فروض الكفاية والنيابة كما سبق أن أوضحنا (٤) •

ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية : متى تنتهى الشخصية القانونية فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الرومانى ؟ سوف نقصر المقارنة على الشخصية

---

(١) الذمة « هى الوصف أو الامر الذى يكون الانسان به أهلا لما له وما عليه من الواجبات » ، محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ، ص ٣١٧ • ومن هذا نرى الارتباط الوثيق بين فكرة الذمة وأهلية الوجوب والشخصية القانونية فى الفقه الاسلامى •

(٢) تنقيح الحامدية ، جـ ١ ، ص ٣٢٢ أشاره اليه محمد يوسف موسى فى كتابه الاموال ونظرية العقد ، ٣١٨ ؛ نفس المعنى ، ابن عابدين ، جـ ٣ ، ص ٤١٢ •

(٣) أنظر : عبد الرحمن حسن ، المقال السابق الاشارة اليه ، ص ٣١٦ حيث أشار الى ذلك الاختلاف بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى •

(٤) أنظر ما قبله ، ص ١٠٤ •

القانونية المعترف بها للشخص الطبيعى أى للانسان ، لأن الفقه الاسلامى — كما سبق أن بينا — لا يعرف الشخص الاعتبارى .

القانون الرومانى : القاعدة العامة هى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الانسان وتنتهى بوفاته . ولا يتمتع كل انسان بالشخصية القانونية بل يشترط — كما سبق القول — أن يكون حرا فيستبعد الأرقاء ، وأن يكون مواطنا رومانيا فيستبعد الأجانب ، وأخيرا يشترط أن يكون رب أسرة أى مستقلا بحقوقه فيستبعد الخاضعون لسلطة غيرهم مثل أبناء الأسرة . فاذا ما فقد الانسان شرطا من هذه الشروط فقد الشخصية القانونية رغم بقائه على قيد الحياة . وهذه الحالة تعرف باسم الموت المدنى Capitis demnitio (١) . ويعرفه الفقهاء الرومان بأنه تغيير لحالة الشخص . وهذا التغيير يحدث نتيجة لفقدان الشخص عنصرا من عناصر الشخصية الثلاث :

١ — فقد الحرية : ويترتب على فقدها فقد صفة الرعوية الرومانية والصفة العائلية ، لذلك تسمى هذه الحالة باسم الموت المدنى من الدرجة القصوى . ويحدث ذلك اذا وقع الشخص فى حالة الرق .

٢ — فقد الرعوية الرومانية : يترتب على ذلك زوال الجنسية الرومانية والصفة العائلية مع بقاء الشخص متمتعا بالحرية ، وتسمى هذه الحالة باسم الموت المدنى من الدرجة الوسطى . ويحدث ذلك مثلا اذا تجنس الشخص بجنسية أجنبية أو اذا سقطت عنه الجنسية الرومانية كعقوبة له .

٣ — فقد الصفة العائلية ، يكون ذلك نتيجة للتبنى أو الزواج مع السيادة .. الخ ويسمى باسم الموت المدنى من الدرجة الدنيا ولا أثر له على صفتى الحرية والجنسية الرومانية .

وللموت المدنى آثار تختلف باختلاف درجاته الثلاث . وقد حدث تطور فى القانون الرومانى أدى الى زوال كثير من حالات الموت المدنى فى عصر الامبراطور جستنيان . ومع ذلك بقيت بعض حالات الموت المدنى فى ذلك العهد .

---

(١) انظر : محمد عبد المنعم بدر البدراوى ، ص ٢٩٣ ، كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى .

الفقه الاسلامى : القاعدة العامة فى الفقه الاسلامى هى أن الشخصية القانونية تبدأ بولادة الانسان وتنتهى بوفاته ، والفقه الاسلامى لا يعرف نظاما شبيها بنظام الموت المدنى المقرر فى القانون الرومانى لأنه لا يقيد اكتساب الشخصية القانونية بتوافر العناصر الثلاثة المقررة فى القانون الرومانى بل هو يقرر الشخصية القانونية للانسان بصفته انسانا دون تفرقة بين حر ورقيق ودون تفرقة بين المسلم وغير المسلم ولا بين رب الأسرة وابن الأسرة مع ملاحظة أن شخصية الرقيق أضيق من شخصية الحر .

ثالثا : الأهلية : تنقسم الأهلية ، من وجهة نظر القانون ، الى نوعين : أهلية وجوب وأهلية أداء . وأهلية الوجوب ــ كما سبق أن عرفنا ــ تختلط فى تعريفها بالشخصية القانونية ، لذلك تعرف بأنها الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات وهى لذلك مرتبطة بالشخصية القانونية فهى تبدأ منذ بداية الشخصية القانونية وتنتهى بانتهائها . وعلى ذلك تثبت أهلية الوجوب للانسان منذ ولادته وتستمر حتى وفاته .

أما أهلية الأداء فهى صلاحية الشخص للتعبير عن ارادته تعبيرا يعتد به القانون فيرتب عليه آثارا قانونية (١) . فالشخص القانونى قد يكون أهلا لوجوب الحقوق له أو عليه (أهلية الوجوب) ولكنه قد يكون عاجزا عن التعبير عن ارادته تعبيرا يحدث أثرا قانونيا . ذلك أن التعبير عن الارادة الذى يعتد به القانون ويرتب عليه الآثار القانونية هو التعبير الصادر عن شخص قادر على تفهم وتقدير الآثار التى تنتج عن ذلك التعبير . وهذا لا يتأتى الا اذا توافر التمييز لدى ذلك الشخص ، ومن ثم كان التمييز هو مناط أهلية الأداء . لذلك تتدرج أهلية الأداء بحسب حالة الانسان . فان انعدم تمييزه اعتبر عديم الأهلية ، وان نقص تمييزه اعتبر ناقص الأهلية ، أما ان كان كامل التمييز فهو كامل الأهلية . وهذا التدرج فى الأهلية يرتبط عادة بسن الانسان وبحالته العقلية وبجنسه (ذكر أو أنثى) .

ونجد فارقا جوهريا بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى فى هذا الصدد فالقانونان متفقان فى اعتبار كل من الطفل قبل بلوغ سن السابعة والمجنون عديم التمييز ومن ثم عديم الأهلية . فالتعبير الصادر عن أيهما

---

(١) اسماعيل غانم ، المرجع السابق الاشارة اليه ، ص ١٧٠ .

لا ينتج أى أثر من الوجهـة القانونية . ولكننا نجـد اختلافا كبيرا بين القانونين من حيث الأهلية الناقصة والأهلية الكاملة . فالفقه الاسلامى يعتبر الانسان كامل الأهلية متى وصل الى مرحلة البلوغ بأن ظهرت أماراته عليه ، ولكنه يعتبره ناقص الأهلية فى المرحلة ما بين سن السـابعة وقبل ظهور علامات البلوغ ، وهو فى ذلك لا يفرق بين الرجل والمرأة . أمـا القانون الرومانى فقد فرق بين الرجل والمرأة فى هذا الصـدد . فالمرأة الرومانية التى وصلت الى سن البلوغ لا تكتمل أهليتها بل تستمر رغم ذلك ناقصة الأهلية ، ولذلك تخضع لنظام الوصاية الدائمة . ولكن هذه الوصاية الدائمة على النساء زالت منذ القرن الخامس الميلادى .

والفارق الثانى بين القانونين يظهر فى السن التى يعتبر فيها الانسان كامل الأهلية ، فالفقه الاسلامى ، يعترف للانسان بالأهلية الكاملة منذ ظهور علامات البلوغ الطبيعى سواء فى ذلك الرجل أو المرأة . أما القانون الرومانى فقد اعتبر الشخص دون الخامسة والعشرين ناقص الأهلية رغم بلوغه ومن ثم أخضعه لنظام خاص يعرف بنظام القوامة على من هم دون الخامسة والعشرين . وكان هذا النظام يطبق على الرجـل والمرأة على السواء . وهذا النظام لم يعرفه القانون الرومانى الا منذ العصر البيزنطى .

وهناك فارق آخر بين القانونين يظهر فى ذلك النظام المعروف فى الفقه الاسلامى باسم « مرض الموت » فهناك كثير من القيود ترد على أهلية المريض مرض الموت بحيث تحد من أهليته ، وهذه الحالة لا نظير لها فى القانون الرومانى .

المطلب الثانى

نظـام الأسرة

نظر الفقه الاسلامى الى الأسرة نظرة مغايرة لنظرة القانون الرومانى لها ، لذلك جاءت النظم القانونية المتعلقة بهـا مختلفة فى كلا القانونين . ويتضح لنا ذلك من مقارنة النظم القانونية الرئيسية المتعلقة بالأسرة فى كلا القانونين .

---

(١) انظر فى القانون الرومانى ، محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٢٥٣ وما بعدها وكتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى .

أولا : نظام الزواج :

القانون الرومانى (١) : عرف القانون الرومانى نوعين من الزواج .

١ ــ الزواج مع السيادة Cum manu ، وفى هذا النوع من الزواج تنقطع صلة الزوجة بعائلتها وتدخل فى أسرة الزوج باعتبارها بنتا له .

٢ ــ الزواج بدون سيادة Sine manu ، وفى هذا النوع من الزواج تستمر صلة الزوجة باسرتها القديمة قائمة وتظل خاضعة للسلطة الأبوية التى كانت تخضع لها قبل زواجها . وليس للزوج على زوجته أى سلطة سوى السلطة الزوجية .

ومع الزمن بدأ النوع الأول من الزواج يتلاشى بحيث أصبح نادرا فى العصر البيزنطى ، ومن جهة أخرى اعترف لكل من الزوجين فى النوع الثانى ببعض الحقوق والواجبات قبل الآخر .

أخذ القانون الرومانى بمبدأ الزوجة الواحدة ورفض مبدأ تعدد الزوجات مما أدى الى ظهور نظام السرارى والحظايا . كما أخذ بمبدأ قيام الزوجة بدفع مهر لزوجها هو ما يسمى « الدوطة » .

الفقه الاسلامى (٢) : لم يعرف الفقه الاسلامى نظاما للزواج شبيها بالزواج مع السيادة . ومن جهة أخرى نظمت العلاقة بين الزوجين فى الفقه الاسلامى بطريقة مختلفة عن القانون الرومانى (الزواج بدون سيادة) .

فالمرأة المسلمة كأصل عام تتمتع بالأهلية الكاملة مثلها فى ذلك مثل الرجال ، بينما تخضع المرأة الرومانية للوصاية الدائمة ، والمهر الذى يدفعه الزوج للزوجة حق مقرر لها ، أما فى القانون الرومانى فالزوجة هى التى كانت تقوم بتقديم المهر عند زواجها ويعرف بالدوطة . ونلاحظ من جهة أخرى أن حق الارث مقرر بين الزوجين فى الفقه الاسلامى بعكس الحال فى القانون الرومانى الذى لا يعترف بذلك المبدأ الا فى حالات استثنائية بحت وفى حدود ضيقة جدا . يضاف الى ذلك أن الفقه الاسلامى يأخذ

---

(١) نفس المرجع ، ص ٢٣١ ؛ كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى .

(٢) راجع فى الزواج والطلاق ، محمد أبو زهرة ؛ الأحوال الشخصية، القاهرة ١٩٥٠ .

بمبدأ تعدد الزوجات بشروط خاصة بعكس القانون الرومانى الذى لا يبيح تعدد الزوجات .

ثانيا : نظام الطلاق : يختلف نظام الطلاق فى الشريعة والقانون الرومانى اختلافا بينا .

القانون الرومانى : كان الطلاق معترفا به فى القانون الرومانى طيلة عهود تطوره لكل من الزوجين — حتى بعد الاعتراف بالديانة المسيحية كدين رسمى للدولة الرومانية — وكان حق الطلاق خاليا من كل قيد بالنسبة لكل من الزوجين . وكان من الكثرة بحيث أن بعض الأدباء كانوا يتندرون بالقول بأن النساء كن يعددون أعمارهن بعدد مرات طلاقهن . ولكن بعد انتشار المسيحية قيد حق الطلاق بالنسبة للزوجين وبصفة خاصة فى عهد جستنيان ؛ وأصبح لا يجوز الطلاق من أحد الزوجين — فى غير الحالات المقررة — والا عوقب بعقوبات مالية وبدنية (١) .

الفقه الاسلامى : الطلاق فى الفقه الاسلامى بيد الزوج وحده ، ولكن تستطيع المرأة طلب التفريق فى حالات معينة . وقد وضع المشرع الاسلامى قيودا زمنية بالنسبة للطلاق فجعله رجعيا ولا يتجاوز ثلاث مرات لقوله تعالى : « الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان » (٢) .

ثالثا : السلطة الأبوية : تأخذ ولاية الأب على أولاده فى القانون الرومانى صورة السلطة بينما لا تتجاوز فى الفقه الاسلامى صورة الولاية على النفس .

القانون الرومانى (٣) : يعترف القانون الرومانى لرب الأسرة بسلطة كبيرة على أفراد أسرته ويمكن حصر مصادر هذه السلطة فيما يلى :

١ — الأولاد الذين ولدوا من زواج شرعى .

٢ — الأشخاص الذين يدخلهم رب الأسرة فى أسرته عن طريق التبنى .

---

(١) أنظر : محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٢٤٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى تفصيل ذلك : محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ص ٣٧٦ وما بعدها .

(٣) محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٢١٠ وما بعدها ؛ كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى .

٣ ـ الأولاد المولودون من معاشرة غير شرعية اذا قام الأب بتصحيح نسبهم بأن منحهم البنوة الشرعية ، ويتم ذلك باجراءات خاصة حددها القانون • ولم تظهر هــذه الطريقــة الا فى العصر البيزنطى تحت تأثير المسيحية •

وهذه السلطة الأبوية كانت سلطة مطلقة تمتد الى أرواح وأموال الخاضعين لها لأن الخاضعين لسلطته لا يتمتعون بالشخصية القانونية ولم يعترف لهم بها الا فى عصر الامبراطورية السفلى وبصورة مقيدة •وبالرغم من أن هذه السلطة خفت بالتدريج خلال العصور المختلفة ، الا أن كثيرا من آثارها بقيت حتى العهد البيزنطى • من ذلك أن رب الأسرة هو وحده المالك المتصرف فى أموال الأسرة وكل ما يكسبه الخاضعون لسلطته يؤول اليه ـ كاصل عام ـ بقوة القانون • ولم يصل القانون الرومانى ـ فى كل عهوده ـ الى تقرير المبدأ المعروف فى كل القوانين الحديثة والذى يقضى بتحرير الابن من السلطة الأبوية بمجرد بلوغه سن الرشد • لذلك كان الرومان يضطرون الى اتباع اجراءات خاصة حينما يريد تحــرير ابنــه من سلطته الأبوية •

الفقه الاسلامى : تنحصر مصادر السلطة الأبوية فى الفقه الاسلامى فى مصدر واحد هو الولادة من زواج شرعى • فالاسلام لا يعرف نظام التبنى ولا نظام منح الأبوة الشرعية • يضاف الى ذلك أن آثار تلك الســلطة لا تقارن بمثيلتها عند الرومان • فهى تنتهى ببلوغ الابن سن الرشــد • ولا تعطى للأب حق تملك الأموال التى تؤول الى الابن ، خلافا لما هو مترر فى القانون الرومانى ، لأن الفقه الاسلامى يعترف للابن بشخصية قانونية مستقلة عن الأب ومن ثم له ذمة مالية مستقلة عن أبيه • وفى نفس الوقت نجد أن هذه السلطة المحدودة ممنوحة للأب لصالح الابن بخلاف الحال فى القانون الرومانى حيث كانت السلطة الأبوية معترفا بها لرعاية مصالح الأب، وتسمى السلطة الأبوية فى الفقه الاسلامى « الولاية على النفس » •

رابعا : نظام الارث : يقوم نظام الارث فى القانونين على أسس مختلفة•

القانون الرومانى : مر نظام الارث فى القانون الرومانى بتطور طويل

(١) Monier, manuel, tI, 1947, p. 476. ets.

لا يتسع المجال هنا لتتبعه فى هذا البحث . لذلك سنكتفى ببيان نظـام الارث كما نظمه جستنيان فى مرسومية الجديدين : المرسوم رقم ١١٨ لسنة ٥٤٣ والمرسوم رقم ١٣٧ لسنة ٥٤٨ .

وقد رتب الامبراطور جستنيان جهات الاستحقاق فى الميراث كما يأتى :

١ ــ جهة الفروع يؤول اليهم كل الارث ويحجبون من عداهم من الأقارب دون تفرقة بين الذكور والاناث مع تطبيق قاعدة قيام الفرع مقام أصله ، (يعنى اذا كان المتوفى قد ترك أبناء وكان أحد أبنائه قد توفى قبله قام أبناء الابن المتوفى مقام أبيهم وأخذوا نصيبه فى الارث) . وعلى ذلك فالفروع مقدمون فى الارث على الأصول ويحجبونهم . ولكن ذلك لا يعنى أن الأصول قد حرموا حرمانا مطلقا من الارث فى هذه الحالة لأنهم يتمتعون بحق الانتفاع فى أموال التركة مدى حياتهم .

٢ ــ فى حالة عدم وجود الفروع تنتقل التركة الى الأصول ويشاركهم فى الارث الأخوة الأشقاء . وتطبق هنا أيضا قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى ، ولكن لا تطبق قاعدة قيام الفرع مقام الأصل فى حالة اشتراك الأخوة مع الأصول فى الارث فابن الأخ الشقيق مثلا لا يستحق شيئا فى التركة مع الأصول .

٣ ــ فى حالة عدم وجود فروع ولا أصول للمتوفى ينتقل الارث الى الحواشى وهنا أيضا تطبق قاعدة المساواة بين الذكر والأنثى ، وتطبق كذلك قاعدة قيام الفرع مقام أصله فى الارث .

الفقه الاسلامى : نظام الارث الاسلامى يختلف اختلافا جوهريا عن نظام الارث عند الرومان . ولسنا فى حاجة لبيان نظام الارث فى الاسلام فهو معروف للجميع . وسنكتفى ببيان الفروق الجوهرية بين القانونين فى هذا الصدد . أعطت الشريعة الاسلامية ــ خلافا للقانون الرومانى ــ حق

---

(١) انظر فى المقارنة بين الفقه الاسلامى والقانون الرومانى فيما يتعلق بنظام الارث بحثا قيما لأستاذنا محمد أبو زهرة . وقد نشر هذا البحث فى مجلة القانون والاقتصاد ١٩٥١ بعنوان : الملكية بالخلافة فى الشريعة وفى القانون الرومانى ، ص ١٠٧ ــ ١٦١ .

الارث للأب والأم مع الفروع ، لم تأخذ الشريعة الاسلامية بمبدأ المساواة فى الارث بين الذكور والاناث بل جعلت للذكر مثل حظ الأنثيين خلافا للقانون الرومانى الذى سوى بينهما . وفى حال عدم وجـود الفروع والأصول جعل القانون الرومانى ذوى الأرحام فى مرتبة العصبات بعكس الفقه الاسلامى الذى وضعهم فى مرتبة أدنى . لا يأخذ الفقه الاسلامى بقاعدة قيام الفرع مقام أصله فى الارث بعكس الحال فى القانون الرومانى. مع ملاحظة أن بعض الآراء تأخذ بالوصية الواجبة ، وهو ما أخذت به قوانين الارث فى البلاد العربية . للزوجين فى الفقه الاسلامى حق الارث من بعضهما . يشترك بعض ذوى الأرحام فى التركة مع الأصول والفروع .

ولا يقتصر الخلاف بين القانونين على مبدأ الخلافة الاجبارية (الارث بحكم القانون) بل يتعداه الى الخلافة الاختيارية (الوصية) فهى قد نظمت فى كلا القانونين تنظيما مختلفا .

خامسا : انتقال التركة الى الورثة : هنا نجد اختلافا جوهريا بين القانونين . فالمبدأ المقرر فى القانون الرومانى هو اختلاط ذمة المورث بذمة الورثة . ولذلك تنتقل حقوق والتزامات المورث الى الورثة فيلتزم هؤلاء بدفع ديون المورث — فى حالة قبولهم للتركة — ولو من مالهم الخاص بالغة ما بلغت . وقد عللوا ذلك فى قانون جستنيان بقولهم بأن شخصية الوارث تعتبر امتدادا لشخصية المورث . وبناء عليه يخلفه فى كل حقوقه والتزاماته . أما الشريعة الاسلامية فتأخذ بمبدأ انفصال ذمة الوارث عن ذمة المورث . وعلى ذلك يجب الوفاء بالتزامات المتوفى من تركته فان تبقى شىء ذهب الى الورثة ، أما ان كانت التركة مستغرقة بالديون بمعنى أن حقوق الميت كانت غير كافيه لسداد ما عليه من ديون فالدائنون هم الذين يتحملون تبعة ذلك ولا يلتزم الورثة بشىء من مالهم الخاص .

الخلاصة : نستطيع أن نقرر اذن أن الاسرة نظمت فى كلا القانونين بطريقة مختلفة . وهذا الاختلاف يرجع فى الحقيقة الى أن كلا من القانونين قد نظر الى الاسرة نظرة مختلفة . فالمشرع الرومانى نظر اليها باعتبارها أسرة أبوية ، لذلك جعل الكلمة الاولى لرب الاسرة ومنحه كل الحقوق ، بعكس المشرع الاسلامى الذى نظر اليها باعتبارها وحدة متماسكة قائمـة على أساس التضامن العائلى .

المبحث الثانى

الأموال

لن نتعرض هنا بالتفصيل لمناقشة الاراء التى حاولت استظهار نوع من التشابه بين بعض القواعد المتعلقة بنظام الاموال فى القانون الرومانى والفقه الاسلامى • وسنكتفى فقط ـ جريا على الخطة التى أتبعناها ـ بمناقشة المبادىء العامة التى تهيمن على القانونين • وسنرى فى المطلب الاول من هذا البحث أن النظم التى قيل بتشابهها ليست متشابهة فى الحقيقة ثم نبين فى المطلب الثانى مدى الاختلاف بين القانونين من حيث بعض النظم المتعلقة بالاموال • وهذه النظم المختلفة نوردها هنا على سبيل المثال فقط •

المطلب الأول

النظم التى قيل بتشابهها

عدد لنا أنصار نظرية تأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى بعض النظم المتعلقة بالاموال وزعموا أنها متشابهة فى القانونين ومن ثم اعتمدوا عليها فى القول بتأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى • ولكنا سنرى أنه تشابه ظاهرى يقف عند حد بعض النتائج أما التنظيم الفنى فهو مختلف تماما ذلك أن هذه النظم نظمت فى الفقه الاسلامى بطريقة مغايرة للقانون الرومانى مما يدل على استقلال القانونين •

اولا : نظام الشفعة : ذهب بعضهم (١) الى القول بأن نظام الشفعة المقرر فى الفقه الاسلامى مأخوذ من نظام الاسترداد Protimesis المعروف فى القانون البيزنطى • وقد اعتدل بعضهم وقال بأن هذا النظام البيزنطى اتخذه الفقهاء المسلمون أنموذجا لنظام الشفعة •

---

(١) من هذا الرأى Bussi, Ricerche intorno alle relationi fra ritratto bizantio e musulmano, Milano, 1933.

ولكن هذا الرأى أصبح مهجورا الآن • فقد أثبت الأستاذ Roussier (١) وأيده فى ذلك معظم الباحثين (٢) : أن نظام الشفعة فى الفقه الاسلامى مختلف عن نظيره فى القانون البيزنطى ولا علاقة بينهما الا من حيث الغرض الذى يرميان اليه • ووحدة الغرض هذه تفسر بوحدة الظروف الاجتماعية والاقتصادية فى المجتمع العربى وفى المجتمع البيزنطى •

ونحن من جانبنا نستطيع أن نؤكد أن نظام الشفعة لا صلة له مطلقا بنظام الاسترداد البيزنطى • ذلك أن نظام الشفعة كان معروفا فى البلاد السامية قبل الاسلام فى كل من بابل وفى الجزيرة العربية • وقد سبق أن رأينا أن العرب قبل الاسلام لم تكن لهم صلة وثيقة بالقانون البيزنطى(٣)

فالعرب فى العصر الجاهلى كانوا يعرفون نظام الشفعة • فقد نقل الحطاب فى مواهب الجليل عن ابن رشد فى مقدماته ما يأتى : « ان الاصل فى تسمية هذا الحق أن الرجل فى الجاهلية كان اذا اشترى حائطا (يعنى بستان) أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه جاره أو شريكه فشفع له فى ان يوليه اياه (يعنى يتملكه من المالك بمثل ما ملك) ليتصل الملك أو يندفع عنه الضرر حين يشفعه فيه • فسمى لذلك شفعة » (٤) •

فنظام الشفعة اذن نظام عربى أصيل أو نظام سامى ان شئنا الدقة فى التعبير • ومن جهة أخرى نجد أن نظام الشفعة ونظام الاسترداد وان كانا يتفقان من حيث الغرض وهو دفع الأذى والضرر عن الناس الا أنهما يختلفان من حيث التطبيقات والشروط • فالنظام الرومانى يقتصر على

---

(١) أنظر Roussier, Revue Historique de droit francais et etranger, 1934.

فهو يقول فى ص ٣٣٠ : لقد فشل الأستاذ Busi فى اثبات أن نظام الشفعة الاسلامى مأخوذ عن نظام الاسترداد البيزنطى .

(٢) من هذا الرأى شاخت ، بحثه سابقة الاشارة اليه ، ص ١٧ .

(٣) أنظر ما قبله ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٤) أشار اليه ، على الخفيف فى بحث له عن الشفعة فى مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٥٢ ص ٤٤٥ .

حق الحكر ويلزم صاحبه ، اذا أراد بيع حقه ، بالحصول على موافقة مالك الارض المستحكره ، ولهذا الأخير الخيار بين أمرين : له أن يرفض الموافقة على البيع ، وفى هذه الحالة يلتزم هو بشراء حق الحكر بنفس الثمن الذى عرضه المشترى • أما ان وافق على البيع فله الحق فى الحصول على حصة من الثمن قدرها ٢٪ من المشترى (مجموعة الدساتير : ٤ ، ٦٦ ، ٣)• أما نظام الشفعة الاسلامى فهو مقرر لصالح الشريك فى العقار وللجار •

ومن ناحية أخرى فان حق الاسترداد المقرر لمالك الرقبة فى الحكر والمقرر فى القانون الرومانى لا نظير له فى الفقه الاسلامى (١) ، فنظام الشفعة فى الفقه الاسلامى قائم على أساس منع الضرر عن الشركاء أو الجيران ، ولذلك يعتبر من أهم تطبيقات النزعة الخلقية التى تسيطر على الفقه الاسلامى •

ثانيا : الوقف : أثار نظام الوقف الاسلامى خلافا كبيرا بين أنصار نظرية تأثر الفقه الاسلامى بالقانون الرومانى • فبعضهم (٢) يرى أنه تأثر بالقانون البيزنطى ، بينما يرى بعضهم الآخر أنه نظام أصيل فى الفقه الاسلامى (٣) • وسنرى أن أصحاب الرأى الاول قد أسسوا رأيهم على اسس واهية •

فالذين ذهبوا الى أن نظام الوقف قد تأثر بالقانون البيزنطى قالوا بأن نظام الوقف الخيرى تأثر بنظام « المؤسسات الدينية Piae causae » وأن نظام الوقف الأهلى تأثر بنظام « الاستئمان Fideicommissum familiae » وأضافوا الى ذلك أن نظام الوقف وضعت قواعده الفنية خلال القرن الثانى الهجرى •

---

(١) أنظر فى تفصيل نظام الشفعة : على الخفيف ، البحث السابقة الاشارة اليه •

(٢) من هذا الرأى : Morand, Etudes de droit musulman algerien, Alger, 1910, 250. Santillana, Ist. op. cit., 2 p. 412 et. s.

(٣) من هذا الرأى : Bussi, principi i di diritto musumano

ولكن هذا الرأى لا أساس له من الصحة ، فنظام الوقف ورد أساسه فى حديث عن الرسول عليه السلام رواه البخارى ومسلم عن نافع بن عبدالله ابن عمر فقال : يارسول الله أصبت أرضا بخيبر لم أصب مالا قط هو أنفس عندى منه فما تأمرنى به ؟ قال ان شئت حبست أصلها وتصدقت بها . فقال فتصدق بها عمر أنه لا يباع أصلها ولا يبتاع ولا يورث ولا يوهب . قال فتصدق بها عمر على الفقراء وفى الرقاب وفى سبيل الله وابن السبيل والضعيف . لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف أو يطعم صديقا غير متمول فيه » (١) يضاف الى ذلك أن جذور نظام الوقف كانت موجودة عند العرب فى العصر الجاهلى (٢) وفى مصر الفرعونية وفى بابل .

أما عن التشابه الذى لا حظه بعضهم بين نظام الوقف الخيرى ونظام المؤسسات الدينية فهو تشابه ظاهرى . فالقانون البيزنطى عرف نظام مؤسسات الكنيسة والمؤسسات الخيرية التى تقوم على رعاية الفقراء والعجزة ، وهى كلها تتضمن معنى رصد مجموعة من الأموال لتحقيق وجه من وجوه البر والخير . ونفس المعنى نجده فى نظام الوقف الخيرى الذى يقوم على أساس حبس عين معينة عن أن تكون ملكا لاحد من الناس وجعل ريعها لجهة من جهات البر والخير . فالنظامان متشابهان من حيث الغرض ولكنهما جد مختلفان من حيث الوسائل الفنية التى استعملها كل من القانونين لتحقيق ذلك الغرض المتشابه . فالقانون الرومانى اعترف لهذه المؤسسات بالشخصية المعنوية بينما لم يعرف الفقه الاسلامى مبدأ الشخصية المعنوية لذلك جعلوا الأموال الموقوفه على حكم ملك الله .

---

(١) أشار اليه عبد الوهاب خلاف ، احكام الوقف ، ١٩٥٣ ، ص ٥ — ٦ .

(٢) من هذا الراى . Bussi, op. cit.

(٣) أنظر فى الأراضى الموقوفه على المعابد فى مصر الفرعونية وتعرف باسم « حقول الآلهة » كتابنا ، تاريخ النظم القانونية والاجتماعية ، ص ١٩٠ وما بعدها ، وأنظر ذات الكتاب ص ٢٢٩ فى خصوص الأراضى الموقوفة على المعابد فى بابل .

يضاف الى ذلك أن النظامين مختلفـان من حيث شروط صـحة الوقف وآثاره وادارته (١) .

أما الرأى القائل بتقريب نظام الوقف الأهلى من نظام « الاستئمان » فهو بعيد كل البعد عن الحقيقة . ذلك أن نظام الاستئمان البيزنطى يقوم على أساس أن شخصا يوصى بماله أو بجزء منه الى شخص آخر ويكلفه فى نفس الوصية برد ذلك المال — كله أو بعضه بعد استبقاء جزء منه له — الى أشخاص يعينهم له فى الوصية . ومثال ذلك كما يقول جستيان فى كتابه النظم (٢ ، ٢٣ ، ٢) : « وقبل كل شىء لنعلم أن من الضرورى أن يكون هناك وارث جعلى متخذ بمقتضى وصية محررة وفق الأصول ، وأن يكون الموصى قد وكل الى ذمة هذا الوارث الجعلى أن يقبض التركة ويسلمها الى شخص آخر . اذ الوصية تكون باطلة اذ خلت عن اتخاذ هذا هذا المستأمن وارثا . وتحقيقا لهذا ، فان الموصى اذا نص بقوله : « ليكن لوسيوس تيتوس وارثا لى » فينبغى أن يتبعه بمثل النص الآتى « وانى أرجوك يالسيوس تيتوس أنك بمجرد قبولك وراثتى تسلمها الى جايوس سيوس . على أنه يصح أيضا رجـاء الوارث فى تسليم جزء من الميراث فقط » .

ولكن نظام الوقف الأهلى ، وقد ظهر فى عهد لا حق لنظام الوقف الخيرى ، يقوم على أساس حبس العين والتصدق بريعها فى وجوه البر والخير فى المآل . فالريع يذهب فى الوقف الخيرى الى وجوه الخير فى الحال ، ولكنه فى الوقف الأهلى يذهب أولا الى الواقف نفسه أو ذريته من بعده أو غيرهم من الناس ، طبقا للشروط التى يحددها الواقف ، ثم يؤول من بعدهم الى جهة الخير التى يحددها الواقف .

فالوقف الأهلى ونظام الاستئمان يتفقان من حيث امكان افادة شخص

---

(١) انظر فى تفصيل نظام الوقف ، ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ٣٦٨ .

(٢) مدونه جستنيان ، ترجمة عبد العزيز (باشا) فهمى الى العربية ، ص ١٥١ .

معين من تركة شخص آخر عن غير طريق خلافته بالارث الشرعى ولكنهما — فيما عدا تلك الخصوصية — مختلفان كل الاختلاف • فطبقا لنظام الاستئمان يؤول المال بصفة نهائية الى من يحددهم الموصى ولكنه طبقا لنظام الوقف الأهلى يوؤل ابتداء الى من يحددهم الواقف ولكنه يوؤل من بعدهم الى جهة الخير • ويضاف الى ذلك أن الشروط التى وضعها على حرية الموصى والمستأمن مختلفة كل الاختلاف عن مثيلاتها فى الوقف الأهلى •

المطلب الثانى

أمثلة لنظم مختلفة

اولا : انتقال الملكية :

طرق انتقال الملكية : بنظم القانون الرومانى طرق انتقال الملكية بطريقة مخالفة للفقه الاسلامى • فكلا القانونين يفرق بين الطرق المنشئة للملكية والطرق الناقلة للملكية مع ملاحظة أن الفقه الاسلامى لم يستعمل هذين المصطلحين وان كان يسلم بنتائجهما • وفى الطرق الناقلة للملكية يفرق القانون الرومانى بين الطرق الناقلة الاختيارية والطرق الناقلة الاجبارية ونجد فى القانون الرومانى من بين الطرق الأختيارية الناقلة للملكية (أى انتقال الملكية بارادة الطرفين) طريقة الاشهاد mancipatio والدعوة الصورية in jure cessio • وهاتان الطريقتان لا نظير لهما فى الفقه الاسلامى • ونجد فيه أيضا بين الطرق الاجبارية الناقلة للملكية (أى انتقال الملكية جبرا عن ارادة المالك) طريقة نقل الملكية بالتقادم أى بمضى المدة • فالقانون الرومانى يقضى بأن الشخص الذى يضع يده على مال مملوك للغير بنية تملكه يصبح مالكا لذلك المال اذا أمضى مدة معينة فى وضع يده وتوافرت فيه شروط خاصة • لذلك يعتبر التقادم طريقة مكسبة للملكية فى القانون الرومانى (١) • أما الفقه الاسلامى فهو على العكس من ذلك لا يعترف

---

(١) أنظر فى تفصيل ذلك : محمد عبد المنعم بدر والبدراوى ، ص ٣٩٧ وما بعدها .

بسقوط الحق بالتقادم كما لا يعترف بالتقادم المكسب للحق ، ولكن الفقهاء قالوا بأن سكوت صاحب الحق عنه مدة معينة من الزمان مع أمكانه اقامة الدعوى للمطالبة بحقه يعتبر قرينة على أنه ليس صاحب حق ، ولذلك قالوا بجواز منعه من سماع دعواه بعد مضى تلك المدة المعينة . ولكن هذه القرينة تنتفى — بطبيعة الحال — اذا أقر المدعى عليه بحق خصمه ، وحينئذ تسمع الدعوى . وعلى ذلك فقاعدة حرمان المدعى من سماع دعواه ، اذا سكت عن المطالبة بحقه مدة معينة من الزمان لا ترد الا فى حالة انكار خصمه للحق المطالب به(١) . والسبب الذى جعل الفقه الاسلامى ينحو هذا المنحى راجع الى أن القواعد القانونية الاسلامية تقوم على أسس خلقية ، والأخلاق لا تسمح بتحول الغصب الى حق . أما القانون الرومانى — نظرا لضعف الصلة فيه بين القانون والاخلاق — فيسمح بتحول الغصب الى حق وهناك سبب آخر لذلك الأختلاف هو أن الدعوى والحق الذى تحميه يندمجان فى بعضهما فى القانون الرومانى ، بعكس الفقه الاسلامى الذى يفصل بين الحق والدعوى التى تحميه ، لذلك أمكن القول بتقادم الدعوى دون الحق .

هل الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية ؟ تتنازع القوانين الحديثه فيما يتعلق بكيفية انتقال الملكية فكرتان رئيسيتان ، الفكرة الأولى تقضى بأن الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية من ذمة شخص لآخر . ومعنى ذلك أن اتفاق الطرفين على انتقال الملكية من ذمة أحدهما الى ذمة الآخر ينقل الملكية بمجرد ذلك الاتفاق وبقوة القانون دون حاجة لأى اجراء آخر ، وفى هذه الحالة يقول الفقه الحديث بأن أثر العقد ليس مقصورا على انشاء الالتزامات ولكنه أيضا ينشىء حقوقا عينية . وهذه الفكرة أخذت بها بعض القوانين الحديثة .

والفكرة الثانية تقضى بضرورة التمييز بين الملكية من جهة والطريقة الناقلة من جهة أخرى . ونتيجة لذلك يكون الاتفاق وحده عاجزا عن نقل

---

(١) راجع : على زكى العرابى ، طبيعة التقادم فى الشريعة والقانون ، مجلة القانون والاقتصاد ، ١٩٣٣ ، ص ٨٦٨ وتعليق أحمد ابراهيم على ذلك البحث ، ٨٧٣ .

الملكية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر : وعلى ذلك يقتصر أثر العقد — وهو سند الملكية — على أنشاء التزامات فى ذمة الطرفين المتعاقدين ، ومن بين تلك الالتزامات الالتزام باتخاذ الوسائل الكفيلة بنقل الملكية. أما انتقال الملكية ذاته فيتم بطرق خاصة يحددها القانون .

فما هو موقف القانون الرومانى والفقه الاسلامى من هاتين الفكرتين ؟

القانون الرومانى : يأخذ القانون الرومانى بالمبدأ القائل بالتفرقة بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها . فالعقد يولد التزامات فى ذمة كل من الطرفين المتعاقدين وينتهى دوره عند هذا الحد . ولابد — لكى تنتقل الملكية — من الالتجاء الى احدى الطرق الرسمية التى حددها القانون ، وهى الاشهاد والدعوى الصورية والتسلم . وفى العصر البيزنطى لم يبق من بين تلك الطرق سوى طريقة التسليم .

وعلى ذلك فالقانون الرومانى يأخذ بالمبدأ القائل بأن الاتفاق وحده عاجز عن نقل الملكية . ولكن ما هو السبب الذى دعا القانون الرومانى الى استلزام طريقة خاصة لنقل الملكية مستقلة عن العقد ؟ يرى شراح القانون الرومانى أن السبب فى ذلك هو رغبة المشرع فى حماية الطرفين المتعاقدين وتنبيههما الى نتائج ما يقدمان عليه من تصرفات فضلا عن حماية الغير ، اذ تعتبر اجراءات نقل الملكية بمثابة علانية للتصرف القانونى ، يضاف الى ذلك أن الرومان — قديما — كانوا لا يتصورون امكان انتقال الملكية من ذمة شخص الى ذمة آخر بمجرد العقد .

الفقه الاسلامى : القاعدة العامة المقررة لدى الفقهاء المسلمين أن الاتفاق وحده كاف لنقل الملكية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر دون حاجة لأى اجراء آخر . فبمجرد الاتفاق تنتقل الملكية بقوة القانون . وعلى ذلك لا يفصل الفقه الاسلامى بين سند الملكية والطريقة الناقلة لها ، ولذلك لا يقتصر أثر العقد على انشاء الالتزامات فى ذمة المتعاقدين بل يتعداها الى

---

(١) انظر : محمد عبد المنعم بدر والبدراوى . ص ٣٦٩ ومابعدها.

انتقال حقوق عينية من ذمة شخص الى ذمة شخص آخر[1] وتقرير هذا المبدأ فى الفقه الاسلامى راجع الى أنه يتسم بطابع الرضائية ويبتعد عن الشكليات ويرتكز على مبادىء خلقية .

فعقد البيع مثلا يترتب عليه انتقال الملكية من ذمة البائع الى ذمة المشترى بمجرد العقد فصاحب مرشد الحيران ينص فى م ٣٣٢ على أن : « حكم البيع المنعقد صحيحا لازما أن يثبت فى الحال ملك المبيع للمشترى وملك الثمن للبائع فينتقل ملك المبيع للمشترى ولورثته ان مات قبل قبضه سواء كان المبيع منقولا أو عقارا أو جزءا شائعا من المنقول أو العقار أو حقا من حقوقه » .

ثانيا : حقوق الارتفاق :

نظر القانون الرومانى الى حقوق الارتفاق نظرة مختلفة عن نظرة الشريعة الاسلامية اليها .

القانون الرومانى : قسم الرومان حقوق الارتفاق الى نوعين : حقوق الارتفاق العينية وهى عبارة عن تكاليف مقررة على عقار لمصلحة عقار آخر مثل حق المرور، وحقوق ارتفاق شخصية ، مثل حق الانتفاع ، وهى الحقوق المقررة لصالح شخص معين على مال مملوك للغير (عقار أو منقول) .

وقد تصور الفقهاء الرومان حقوق الارتفاق العينية والشخصية باعتبارها حقوقا عينية مقررة على مال الغير jura in re aliena لذلك أمكن الاحتجاج بها فى مواجهة الكافة . هذا التصور لحقوق الارتفاق أدى الى نتائج هامة فى القانون الرومانى .

ومن الواضح أن حقوق الارتفاق العينية تتميز بكونها مقررة على عقار

---

(١) أنبه الى الخلاف بين القانونين فى هذا الصدد ، شفيق شحاتة ، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية ، ص ٢٠١ ، وقد تعرضنا لذلك بالتفصيل فى رسالتنا « نظرية ضمان المبيع فى القانون الرومانى وفى الشريعة الاسلامية » فى الباب الأول منها .

(٢) أنظر : Monier, Manuel, t. 1, p. 536.

لمنفعة عقار آخر، ولذلك فان الحق يبقى ما بقى العقاران وان تغير مالكاهما. ولاخلاف بين القانون الرومانى والفقه الاسلامى فى التسليم بهذه الخصائص غير أن الفقهاء الرومان تصوروا الارتفاقات العينية على أنها تكليف مقرر على مال الغير أما الفقه الاسلامى فقد تصورها على أنها صورة من صور الملكية هى ملكية المنفعة . ويظهر الخلاف بين الشريعة والقانون والرومانى بصورة أوضح بصدد الارتفاقات الشخصية .

فتصور الرومان لحق الارتفاق الشخصى ، مثل حق الانتفاع ، على أنه حق مقرر لشخص على مال الغير أدى بهم الى القول بأن هذا الحق لا يعتبر جزءا من الملكية ، أما الفكرة القائلة بأن حق الانتفاع يعتبر جزءا من حق الملكية وعنصرا من عناصر الملكية فانها لم تظهر الا منذ العصور الوسطى . هذه الفكرة الرومانية أدت الى أنهم نظروا الى حق الانتفاع باعتباره حقا مؤقتا ينتهى بانتهاء مدته أو بوفاة المستفيد منه وغير قابل للانتقال لورثته. فالمنتفع ، فى حق الانتفاع ، هو الذى يستطيع وحده رفع الدعوى العينية التى تحمى حقه وهو المسئول أمام مالك الرقبة (١) .

الفقه الاسلامى : نظر فقهاء الشريعة الاسلامية الى حقوق الارتفاق نظرة مخالفة لنظرة الفقهاء الرومان . فقد تصوروها على أنها صورة من صور الملكية . فالملك ينقسم — عند الشرعيين — الى نوعين: ملك تام وملك ناقص والملك التام هو ملك رقبة الشىء ومنفعته . أما الملك الناقص هو ملك المنفعة وحدها أو ملك الرقبة دون المنفعة .

فالملك الناقص يشمل الصور الثلاث الآتية ١ — ملك الرقبة وحدها ، كمن يوصى بسكنى دار معينة لشخص معين . فرقبة الشىء تعتبر ملكا للورثة ، أما منفعتها « السكنى » فهى مملوكة للموصى له ، وفى عقد الايجار تكون ملكية المنفعة للمستأجر ، أما العين نفسها فهى مملوكة للمؤجر : ٢— ملك المنفعة وحدها ملكا عينيا ، أى يكون الملك تابعا للعين لا لشخص المستفيد، مثل حقوق الارتفاق، كحق الشرب وحق المرور.. الخ والتكاليف

---

(١) انظر : Ruiz, 1, st. p. 238

المقررة على عقار لصالح آخر تستمر كذلك بغض النظر عن شخص المالك لأيهما ،وبذلك يكون حكم هذه الحقوق مماثلا لحكم حقوق الارتفاق العينيةفى القانون الرومانى ٣ — ملك المنفعةوحدها باعتبارها حقاشخصيا مثل ملك منفعة العين المستأجر أوالمستعارة أوالموصىله بالانتفاع بها أو الموقوفة على شخص معين ٠

وهذا النوع الأخير من ملك المنفعة يمتاز بقبوله التقييد صفة وزمانا ومكانا ، ويستطيع من له ملك المنفعة ، اذا كانت غيرمقيدة، أن ينقل حقه — فى الحدود التى رسمها القانون — الى شخص آخر ٠ فالمستأجر يستطيع تأجير العين المستأجرة الى شخص آخر أو اعارته اياها (مرشد الحيران م ٦٦٩ ، ٦٧٤) ٠ وقد ذهب فقهاء الحنفية الى عدم توارث هذا النوع من ملك المنفعة ، فهى تنقضى حتما بوفاة صاحبها (مرشد الحيران م ٣٥) ، وذهب الشافعية والمالكية والحنابلة الى القول بتوارثها(١) ٠ وعلى ذلك اذا أوصى شخص بسكنى داره لشخص آخر مدة عشرة سنوات، ثم توفى الموصى له قبل انتهاء هذه المدة كان لورثته حق سكنى الدار حتى انتهاء المدة ٠

نخلص من ذلك الى أن القانون الرومانى تصور حقوق الاتفاق باعتبارها تكاليف مقررة على مال الغير بعكس الشريعة الاسلامية التى اعتبرتها نوعا من الملكية (ملكية منفعة) ومن أهم نتائج هذا التصور أن الرومان اعتبروا حق المستأجر وحق المستعير حقا شخصيا (التزام) بينما هو حق عينى عند الشرعيين اذا جاز لنا استعمال تعبير الحق العينى بالنسبة للشريعة فهى لا تعرفه ويعرفون بدلا منه التقسيم الى العين والدين كما سنرى ٠

---

(١) انظر : نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٩٧ ٠

المبحث الثالث

الالتزامات

سنكتفى هنا بدراسة المبادىء الآتية : مبدأ سلطان الارادة، التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية ، مميزات الالتزام ، انحـلال الرابطة التعاقدية .

المطلب الأول

مبدأ سلطان الارادة

كان القانون الرومانى يجهل — طيلة مراحل تطوره — مبدأ سلطان الارادة . ولم يظهر هذا المبدأ الى حيز الوجود فى الشرائع الغربية الا فى العصور الوسطى تحت تأثير تعاليم الكنيسة المسيحية ، على رأى البعض ، وتحت تأثير الفقه الاسلامى على رأى البعض الآخر . ومبدأ سـلطان الادارة — كما هو معلوم — يقوم على شقين : أولهما هو كفاية الارادة بذاتها لانشاء التصرفات القانونية ، وهو ما يعبر عنه بالرضائية ، وثانيهما هو قدرة الارادة على تحديد آثار التصرف القانونى ، وهو ما يعبر عنه بالتعبير المشهور « العقد شريعة المتعاقدين » (١) . ولكن هذا المبدأ مسلم الأخذ به فى الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، ويعتبر من المبادىء الأساسية فيها ، وقد ورد به كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية . وهـذا الاختلاف بين التشريعين راجع الى الاختلاف فى تصـور طبيعة العمـل القـانونى .

القانون الرومانى : لا يعرف هذا القانون سوى مجموعات معينة من العقود ، عقود نماذج ، سواء كانت هذه النماذج مقررة فى القانون المدنى أو فى القانون البريتورى . ففى بادىء الأمر لم يعرف القانون الرومانى سوى مجموعة العقود الرسمية (العقود الشفوية والعقود الكتابية) (١)

---

(١) انظر فى تطور سلطان الارادة فى القانون الرومانى : كتابنا . ابحاث فى سلطان الارادة فى القانون الرومانى ، القاهرة : ١٩٦٤ .

(١) أنظر فى الرسمية : Ihering, Esprit du droit romain, t. 3 p. 156.

تطبيقا للقاعدة القائلة بأن « الاتفاق المجرد لا تنشأ عنه دعوى ex nudo pactio actio non nascitur. (موسوعة : م ١٤ ، ٧ ، ٤٧) .

ثم ظهرت بعد ذلك مجموعات أخرى من العقود هى : العقود العينية والعقود الرضائية والعقود غير المسماة والاتفاقات البريتورية والاتفاقات الشرعية أوالامبراطورية . وفى العصر العلمى كان يلتزم الافراد ، وقت انشاء عقد من العقود ، باختيار عقد ينتمى الى احدى هذه المجموعات دون أن يكون لهم حق انشاء عقد جديد لا ينتمى الى احداها(١) . ورغم ظهور العقود الرضائية ــ التى يكفى الرضا لانشائها ــ فان القانون الرومانى استمر مشبعا بتلك الفكرة التى تقضى بأن الاتفاق لايكون جديرا بحماية القانون الا اذا توافرت له العناصر التى تؤهله للاندراج تحت احدى مجموعات العقود المقررة فى القانون (٢) .

وفى العصر البيزنطى حدث نوع من التطور ، فانشاء العقود غير المسماة والتدهور الذى أصاب الرسمية أدى الى زعزعة نظام التعاقد الذى كان سائدا فى العصر العلمى . ففى العقود غير الرسمية بدأت الارادة الضمنية أو الصريحة تلعب دوراً فعالا فى العقد . فأصبحت قادرة على تحديد آثار العقد مادامت لم تتجاوز الحدود التى رسمها القانون لذلك العقد ، بل أصبح فى مقدورها عن طريق اتفاق صريح أن تغير من الآثار الطبيعية للعقد . وبرغم ظهور ذلك الاتجاه نحو الأخذ بمبدأ سلطان الارادة فان الرومان ، حتى فى عصر جستنيان لم يقرروا الأخذ بذلك المبدأ (٣) .

---

(١) أنظر : Schulz, classical roman law, Oxford, 1951. p. 471 Betti, 1st, 1942, p. 133.

كتابنا : ابحاث فى سلطان الارادة فى القانون الرومانى . ١٩٦٤ ، ص ١٧ وما بعدها .

(٢) : Geny ; Methode d'interpretation 1932, t. 1. p. 173.

كتابنا ، سلطان الارادة ، ص ٢٨ وما بعدها .

(٣) أنظر : Ruiz, 1st. p. 81 ; Betti. 1st. p. 114 ; Collinet, Etudes op. cit., p. 198.

كتابنا : سلطان الارادة .

وفى الواقع نجد الفقيه تيوفيل ، فى عصر جستنيان ، يعرف العقد على الوجه الآتى : « العقد هو اتفاق ورضى شخصين أو أكثر على شيءُ معين بقصد انشاء التزام وجعل أحد الطرفين مدينا فى مواجهة الآخر » . ورغم التشابه الكبير بين هذا التعريف وتعريف الفقهاء للعقد فى العصر الحديث فان هناك فارقا كبيرا بينما . ففى القانون الحديث فان كل اتفاق مشروع بين طرفين بقصد انشاء التزام يكون عقدا يحميه القانون . أما فى عهد جستنيان فلا يعتبر عقدا الا تلك الاتفاقات التى منحها القانون المطبق فعلا قوة فى انشاء الالتزامات (١) .

وقد تم تقرير مبدأ سلطان الارادة فى القوانين الحديثة على الوجه الآتى :

اعتمد فقهاء العصور الوسطى على النص الرومانى الوارد فى الموسوعة: ٢ ، ١٤ ، ٧ ، ٢ والخاص بالرضا باعتباره ركنا أساسيا فى كل العقود ، رضائية كانت أو شكلية أو عينية أو كتابية ، وعرفوا العقد بأنه كل اتفاق له اسم فى القانون المدنى أو له سبب . ويقصد بالنوع الأول (العقود المسماة) كل العقود التى تحمل اسما معروفا ونظمها القانون ، ويقصد بالنوع الثانى (العقود غير المسماة) تلك الاتفاقات التبادلية التى لاتكون عقدا الا اذا كان لها سبب ، أى الا اذا قام أحد الطرفين بتنفيذ الاتفاق . وهذا التنفيذ من جانب أحدهما يعتبر سببا كافيا لنشأة الالتزام والزام الطرف الثانى به ، وأطلق على هذه الاتفاقات تعبير العقود غير المسماة رغم أن بعضها يعرف باسم معين مثل المقايضة ، لأن القانون المدنى لم ينظمها ولم يعرف أفرادها بأسماء محددة . ولم يقف الأمر عند هذا الحد بل تمكن شراح القانون الكنسى والفقيه الفرنسى « دوما Domat من استخلاص مبدأ سلطان الارادة عن طريق تغيير معنى النص الوارد

---

(١) راجع : Monier. Cours de Pandectes, 1949, p. 50.

فى الموسوعة : ١٦ ، ٣ ، ١ ، ٦ والذى يقول بأن « العقد يستمد قانونه من الاتفاق » الى المعنى الآتى : « العقد شريعة المتعاقدين » (١) .

الفقه الاسلامى تقوم الشريعة الاسلامية على مبادىء مخالفة لمبادىء القانون الرومانى ، فهى لاتعرف الشكليات والرسميات ، والرضا وحده كاف لنشأة الالتزام التعاقدى . هذا المبدأ ورد به كثير من النصوص القرآنية والأحاديث النبوية ، وهو مبدأ عام التطبيق اللهم الا ذلك الخلاف الذى نشب بين الفقهاء بصدد صيغة عقد الزواج وبصدد (الفعل) الذى يستعمله المتعاقدان فى التعبير عن ارادتهما : هل يجب أن يصدر فى صيغة الماضى أم يجوز صدوره فى صيغة المستقبل ، وهل يباح استعمال صيغة المضارع . وفيما عدا ذلك تتسم الشريعة الاسلامية بطابع الرضائية ، وتبتعد عن الشكليات . فالمدين يلتزم برضائه المجرد عن الشكليات ، والملكية تنتقل فور انعقاد العقد وبموجبه كما سبق أن بينا . ويرجع ذلك الى أن قواعد الشريعة الاسلامية مثلها فى ذلك مثل قواعد القانون الكنسى ، ترتكز على مبادىء خلقية ، ولأن مبدأ سلطان الارادة يتسق مع تصور الفقهاء المسلمين للعمل القانونى .

والشريعة الاسلامية ، خلافا للقانون الرومانى ، لاتعرف مجموعات خاصة بالعقود . ولكنها مع ذلك ترسم حدودا لارادة الطرفين بحيث لايمكنهما تخطيها وهى ما نسميه فى القانون الحديث بالنظام العام . وهذه الحدود وضعها الحديث الشريف : « الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما ، والمسلمون على شروطهم الا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما » . وقد أثار تفسير ذلك الحديث وغيره من الأحاديث خلافا كبيرا بين الفقهاء . فذهب البعض (أهل الظاهر) الى ابطال العقود والشروط التى لم يجزها الشارع الاسلامى ، وذهب فريق آخر (جمهور الفقهاء وخاصة الحنابلة) الى أن الأصل فى العقود وما تتضمنه من

---

(١) نفس المرجع السابق ، ص ٥١ ، كتابنا ، ابحاث فى سلطان الارادة . ص ١٤٧ .

شروط الاباحة الا اذا ورد نص بالتحريم . فاذا طرحنا رأى الظـاهرية ومن نحا نحوهم جانبا لاستطعنا القول بأن الشريعة الاسلامية تقرر مبدأ سلطان الارادة (١) . وقد عبر الكاسانى (٢) عن ذلك بقوله : « الأصل أن تصرف الانسان يقع على الوجه الذى أوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه » .

ونخلص من ذلك الى أن القانون الرومانى لم يعرف مبدأ سلطان الارادة بينما أخذت به الشريعة الاسلامية منذ نشأتها ، وذلك راجع الى أن القانون الرومانى قانون تسوده الشكلية بعكس الشريعة .

المطلب الثانى

التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية (الالتزامات)

القانون الرومانى : إن التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى تعتبر من المبادىء الأساسية التى تقوم عليها التشريعات الحديثة التى أخذت عن القانون الرومانى . وقد نشأت هـذه الفكرة عند الرومان نتيجـة لتصورهم الخاص بنظام الدعاوى . فقد قسموها الى دعاوى عينية ودعاوى شخصية فأطلقوا اسم دعوى الرهان العينية على الدعوى التى يطالب فيها الشخص بتقرير سلطته على شىء معين ، وأطلقوا عليها اسم دعوى الرهان الشخصية اذا كان يطالب بتقرير سلطة على شخص . ويرجع هذا التقسيم الى سبب آخر هو تصور الرومان لفكرة الملكية . فقد تصوروها باعتبارها حقا مطلقا لشخص على شىء . علاقة مباشرة بين شخص وشىء دون تدخل من جانب أى شخص آخر (٣) .

والدعوى العينية تمنح ، عند الرومان ، لشخص ضد آخر دون أن

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك : السنهورى ، مصادر الحق فى الفقـه الاسلامى ، ص ٨٠ ؛ محمد يوسف موسى ، الأموال ونظرية العقد ، ص ٢٦٤ ، وما بعدها ، شفيق شحاته ، الالتزامات ، ص ٢٠١ .

(٢) الكاسانى : بدائع الصنائع ، جـ ٥ ، ص ٢٥٩ .

(٣) انظر : Ruiz, 1st, p. 175 ; Monier, t. 2, p. 140.

يكون هناك أى التزام من جانب هذا الأخير لصالح الأول . وعلى ذلك فالفكرة التى نادى بها « بلانيول Planiol » والتى تنظر الى الحق العينى باعتباره التزاما طرفه السلبى (المدين) مكون من الناس كافة ليست فكرة رومانية (١) .

وتقسيم الدعاوى الى دعاوى شخصية ودعاوى عينية أدى — بطريق غير مباشر — الى تقسيم الحقوق الى حقوق شخصية وحقوق عينية نظرا لاختلاط الحق بالدعوى التى تحميه عند الرومان . فالحق الشخصى عند الرومان عبارة عن رابطة قانونية بين شخصين ، دائن ومدين ، بمقتضاها يستطيع الدائن جبر المدين على اعطاء شىء أو على القيام بعمل أو على الامتناع عن عمل (موسوعة : ٤٤ ، ٧ ، ٣ فاتحة ، نظم جستنيان ٣ ، ١٣ ، فاتحة) . أما الحق العينى فهو عبارة عن سلطة يمنحها القانون لشخص معين على عين معينة .

*

الفقه الاسلامى : هل عرفت الشريعة الاسلامية هذه التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى ؟ لم تعرف الشريعة الإسلامية تقسيم الحقوق الى عينية وشخصية ، ولكنها عرفت تقسيما آخر تميزت به هو المقابلة ما بين الدين والعين ومرد هذا التقسيم هو التعلق أو عدم التعلق بالذمة(٢) . فان تعلق الحق بذمة المدين سمى دينا ، أما ان تعلق بعين بالذات سمى عينـا .

ويكون الحق متعلقا بذمة المدين ان كان محله مبلغا من النقود أو جملة من الأشياء المثلية ، كما فى عقد القرض حيث يلتزم المقترض برد مبلغ من النقود أو أشياء مثلية يكون قد اقترضها من المقرض ، وكما فى عقد البيع حيث يلتزم المشترى بدفع ثمن نقدى أو أشياء مثلية الى البائع .

---

(١) انظر : Monier : Cours de Pandectes, 1949, p. 6.

(٢) أنظر فى التفرقة بين العين والدين ، السنهورى ، مصادر الحق ، ١٩٥٤ ، ص ١٠ وما بعدها .

فان كان الحق يرد على عين معينة بالذات سمى عينا . وتندرج تحت هذا الحق الصور الآتية : ـ ١ ـ قد يرد الحق على عين معينة بقصد تمليكها بعوض . وهو ما عبر عنه صاحب مرشد الحيران (م ١٦٩) بقوله: « يصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض » ٢ ـ قد يرد الحق على العين بقصد تمليك منفعتها « ويجوز ورود العقد على منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض اجارة أو بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها » (م١٧١ مرشد الحيران) ، ٣ ـ قد يرد الحق على العين بقصد تسليمها فقط كالتزام البائع بتسليم العين المبيعة للمشترى والزام المؤجر بتسليم العين المؤجرة للمستأجر ٤ ـ قد يرد الحق على العين بقصد حفظها « يصح أن يرد العقد على الأعيان لحفظها وديعة » (م ١٧٠ مرشد الحيران)

وعلى ذلك فالدين فى الفقه الاسلامى لايشمل كل صور الحق الشخصى ـ حسب الاصطلاح الرومانى ـ بل يشمل فقط احدى صوره وهى حالة ما اذا كان الالتزام محله مبلغا من النقود أو أشياء مثلية ، أما العين فهى تشمل كل صور الحق العينى ـ حسب الاصطلاح الرومانى ـ فضلا عن بعض صور الحقوق الشخصية ، وهى معظم صور الالتزام بعمل،مثل الالتزام بتسليم عين معينة أو حفظها أو تملك منفعتها .

وترتب على التفرقة بين تعلق الحق بالذمة (الدين) وتعلقه بالعين (العين) النتائج الآتية (١) : فى الدين يحتاج الدائن ، لاستيفاء حقه ، الى وساطة المدين ، أما فى العين فلا حاجة الى هذه الوساطة نظرا لأن حقه ينصب مباشرة على عين معينة . واستلزام وساطة المدين فى الدين يقتضى مطالبته بالوفاء بهذا الدين ، لذلك كانت المطالبة من خصائص الدين . أما فى العين فلا حاجة الى وساطة المدين ومن ثم لا يدخل العين عنصر المطالبة . ويظهر الفارق بين الدين والعين كذلك من حيث أن الدين يرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الابراء ، أما فى العين فلا يتصور شىء من ذلك .

---

(١) هذه النتائج عددها الاستاذ السنهورى فى كتابه مصادر الحق ، ص ١٩ ـ ٢٠ .

يتضح لنا اذن أن فقهاء الشريعة الاسلامية كانوا لا يميزون بين الحق الشخصى والحق العينى ــ كما فعل فقهاء الرومان والقوانين التى اشتقت من القانون الرومانى ــ ولكنهم أبرزوا المقابلة بين الدين والعين • وقد اختلف الباحثون فى بيان سبب عدم التمييز بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية فى الشريعة الاسلامية • فذهب البعض (١) الى القول بأنه : « منذ برز التمييز بين الدين والعين فى الفقه الاسلامى لم يظهر التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى • وسبب ذلك واضح • فان الالتزام بالعين اقترب من الحق العينى فى خصائصه ، وابتعد عن الدين • فالالتزام بالعين كما رأينا ينصب كالحق العينى على العين بالذات ، وهو كالحــق العينى أيضا لا يحتاج الى وساطة المدين ولا تتبعه المطالبة ولا يرد عليه الأجل ولا تصح به المقاصة ولا يجوز فيه الابراء • ولا كذلك الدين فهو لا ينصب على عين بالذات بل يتعلق بالذمة ، وهو يحتاج الى وساطة المدين وتتبعه المطالبة ويرد عليه الأجل وتصح به المقاصة ويجوز فيه الابراء • ولما اقترب الالتزام بالعين من الحق العينى وابتعد عن الدين، أمكن ادماج الالتزام بالعين فى الحق العينى واطلاق لفظ العين عليهما جميعا ، وأمكنت بعد ذلك المقابلة بين العين والدين ••• فبرز التمييز بين الدين والعين •• وستر ببروزه التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى • وعلى ذلك فعدم ظهور التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى راجع الى وجود تمييز آخر بين الدين والعين » •

وذهب البعض الآخر (٢) الى القول بأن « عدم التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى راجع الى الصبغة المادية التى اصطبغ بها الحق الشخصى فى الشريعة الاسلامية مما جعله يقترب من الحق العينى ، فقد اهتم الفقهاء الشرعيون بموضوع الحق دون طرفيه ، ولما كان محل الحق هو الذى يظهر الحق ، لم يلفت نظر الفقهاء تدخل الشخص فيما بين موضوع الحق

---

(١) انظر ، السنهورى ، فى كتابه مصادر الحق ، ص ٢٠ •

(٢) شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات فى الشريعة الاسلامية ، ص ١٩٨

وصاحبه . ولما كان الشيء المعين ، عندما يكون محلا للالتزام ، يكون فى غالب الأحيان محلا كذلك لحق عينى ، فان الحق العينى قد حجب عن نظر الفقهاء الحق الشخصى . فلم يظهر هذا النوع من الالتزام ظهورا كافيا . ولما كان الالتزام بعين ليس فى الواقع الا عبارة عن التزام بتسليم شيء أو بصنع شيء ، أو بالانتفاع بشيء ، فان الفقهاء قد وقفوا عند الشيء محل الالتزام ، وأهملوا النظر الى الشخص الذى يطلب منه العمل والشخص الذى يطلب العمل » .

ونخلص مما تقدم الى أن الشريعة الاسلامية لم تأخذ بتقسيم الحقوق الى عينية وشخصية كما فعل فقهاء الرومان ، ذلك « أن التمييز بين الدين والعين ، وهو التمييز الذى يعرفه الفقه الاسلامى ، وهو غير التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى فى الفقه الغربى المشتق من القانون الرومانى ، فلكل فقه صناعته التى يتميز بها . وفى هذا دليل واضح على أن الفقه الاسلامى لا تربطه بالقانون الرومانى صلة ، والا لانتقل التمييز بين الحق الشخصى والحق العينى الى الفقه الاسلامى كما انتقل الى كل قانون اشتق من القانون الرومانى » [1] .

المطلب الثالث

مميزات الالتزام فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الرومانى

نظر القانون الرومانى الى الالتزام نظرة شخصية بحت فكان لطرفى الالتزام المكان الأول من الاعتبار فى تلك الرابطة القانونية . وترتب على ذلك عدة نتائج منها أن الشخص لا يجوز له أن يوكل غيره فى انشاء العقد ، وأن الالتزام ، بعد نشأته ، لا يجوز انتقاله لا سلبا ولا ايجابا . وهذه النظرة الشخصية البحت لا يمكن أن تدوم طويلا نظرا لصعوبة الأخذ بها من الوجهة العملية ، لذلك لجأ الرومان الى كثير من الوسائل الملتوية بغية الوصول الى اجازة مبدأ النيابة وانتقال الالتزام .

---

(١) السنهورى : مصادر الحق ، ص ١٥ ونظرية العقد : ص ٦٩ و٢١٧

أما الشريعة الاسلامية فنظرت الى الالتزام نظرة مادية فاعتبرته علاقة مالية أكثر من كونه علاقة بين طرفين ، أى غلبت المحل على الأطراف ، وترتب على ذلك جواز انتقال الالتزام والأخذ بمبدأ النيـابة . ولا يقتصر أثر تلك النزعة المادية على هذين المبدأين ، بل نجدها فى تفسير ارادة المتعاقدين، الأخذ بالارادة المنفردة كمصدر من مصادر الالتزام .. الخ .

وسوف نكتفى بالمقارنة بين القانونين فيما يتعلق بنظرية النيابة ومبدأ انتقال الالتزام .

§ ١ — نظرية النيابة فى التعاقد

تأخذ التشريعات الحديثة بمبدأ النيابة الكاملة فى التصرفات القانونية ، فآثار التصرف الذى يجريه النائب تنصرف مباشرة الى ذمة الأصيل. وبذلك تنشأ العلاقة القانونية بين الأصيل وبين الشخص الذى تعامل معه النائب ، فاذا عقد شخص عقدا نيابة عن غيره تنصرف آثار هذا العقد الى ذمة الأصيل . فهو الذى يلتزم بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد ، وهو الذى يطالب بالحقوق الناتجة عنه .

القانون الرومانى (١) : لم يأخذ القانون الرومانى بمبدأ النيابة فى التعاقد ، وقد ترتب على عدم التسليم به مضار كثيرة ، ولذلك حاول البريتور التخفيف منها قدر المستطاع ولكن الرومان لم يسلموا اطلاقا بهذا المبدأ حتى فى عهد جستنيان .

ومع ذلك فهناك حالات استثنائية طبق فيها مبدأ النيابة الكاملة . ولذلك كانت آثار التصرف القانونى الذى يجريه النائب تنصرف مباشرة الى ذمة الأصيل . من ذلك تلك القاعدة المقررة فى القانون الرومانى القديم ، والتى تقضى بأن رب الأسرة يستطيع أن يكتسب الحقوق عن طريق الأشخاص الخاضعين لسلطته ، فالحقوق الناتجة عن التصرف الذى

---

(١) انظر : Ruiz, Ist. p. 47, Monier, t II, p. 258 كتابنا ، الوجيز فى القانون الرومانى ، التصرف القانونى ، ص ٢٦٠ .

أجراه التابعون لرب الأسرة تنصرف مباشرة الى ذمته . ولكن هذه القاعدة، كما هو واضح ، كانت مقصورة على الحقوق ، وعلى ذلك لا يلتزم رب الأسرة بالالتزامات التى يجريها هؤلاء التابعون (جايوس ، النظم ٢ ، ٨٦ — ٨٧) . ومن ذلك أيضا تدخل البريتور لحماية الأصيل فى حالة افلاس تابعه المفوض (الشخص الذى وضعه على رأس مشروع تجارى أوالشخص الذى عهد اليه بتجارة بحرية) . فقد منح الأصيل دعوى مفيدة ضد الغير الذين تعاقدوا مع النائب وحرم هذا الأخير من الدعوى المباشرة التى كانت له ضد الغير (موسوعة ١٤ ، ٣ ، ١ — ٢ ، موسوعة ٤٦ ؛ ٥ ، ٥) . وبذلك تمكن البريتور من عدم ادخال الحقوق التى اكتسبها النائب لصالح الأصيل فى ذمته (النائب) وطبق هذا المبدأ فى العلاقة بين ناقص الأهلية وممثله (الوصى أو القيم) . فبعد انتهاء الوصاية أو القوامة كان البريتور يعطى دعوى مفيدة للشخص الذى كان مشمولا بالوصاية أو القوامة — مثل الصبى بعد بلوغه — ضد الغير الذين تعاقدوا مع الوصى أو القيم . وكان يمنح الغير دعوى ضده (الصبى بعد بلوغه) .

وفى كل هذه الحالات السابقة أخذ القانون الرومانى بمبدأ النيابة الكاملة أى اعتبر أن العلاقة القانونية قد نشأت مباشرة بين الأصيل والغير ومن ثم لا يحق لهذا الغير الرجوع على النائب الذى أجرى التصرف معه .

والى جانب تلك الحالات الاستثنائية للنيابة الكاملة عرف الرومان عدة تطبيقات لمبدأ النيابة الناقصة ، وهو المبدأ الذى يسلم بنشوء علاقة بين الأصيل والغير مع بقاء النائب ملتزما بآثار العقد قبل هذا الغير ، وبذلك يكون للاخير الرجوع على كل من الأصيل والنائب . هذا المبدأ أوجده البريتور بمناسبة العقود التى يعقدها التابعون لرب الأسرة (كالرقيق وأبن الأسرة) . ثم مد تطبيقه الى العقود التى يعقدها أشخاص مستقلون بحقوقهم sui juris نيابة عن غيرهم .

وقد استطاع البريتور ، باستعمال عدة وسائل مصطنعة فى نظام الدعاوى ، انشاء عدة دعاوى أطلق عليها شراح القانون الرومانى

اسم actiones adjecticiae qualitatis ، أى دعاوى متعلقة بالصفة أو بالانضمام ، بغية الزام رب الأسرة الذى أظهر ارادته صراحة أو ضمنا فى تحمل نتائج التصرفات التى أجراها تابعوه ، فى مواجهة الغير الذين تعامل معهم (١) • وصيغة هذه الدعاوى تتضمن اسم التابع فى الجزء الخاص بالادعاء ويظهر فى الجزء الخاص بالحكم تكليف من البريتور للقاضى يأمره فيه بالحكم على رب الأسرة اذا ثبت له أن المدعى كان محقا فيما طلبه •

وبذلك تغير المبدأ القديم ، الذى كان يقضى بأن رب الأسرة يمكن أن يصبح دائنا عن طريق تابعيه دون أن يكون مدينا بما يعقدونه من ديون • وحل محله مبدأ آخر — بفضل تدخل البريتور — يقضى بأن رب الأسرة يلتزم، بصفة مطلقة أو فى حدود معينة حسب الأحوال، بالالتزامات التى يلتزم بها تابعوه • لكن مسئولية رب الأسرة لا يترتب عليها انقطاع العلاقة بين تابعيه والغير ، كما هو الحال فى النيابة الكاملة ، بل يظل التابع مسئولا ، اما مدنيا ان كان ابن أسرة وطبيعيا ان كان رقيقا الى جانب رب الأسرة •

وقد توسع البريتور فى تطبيق هذا المبدأ بحيث امتد الى الحالات التى يعهد فيها رب الأسرة الى شخص أجنبى عن أسرته ومستقل بحقوقه بادارة تجارة بحرية أو برية ، فمنح الغير الذى تعامل مع النائب دعاوى بريتورية هى دعوى التجارة البحرية أو دعوى التجارة البرية ضد الأصيل مع احتفاظه بدعواه الناشئة عن العقد ضد النائب • وفى بداية القرن الثالث الميلادى طبق مبدأ النيابة الناقصة على الوكالة المدنية • فأصبح للغير الذى تعاقد مع الوكيل Procurator دعوى على غرار دعوى التجارة البرية ضد الموكل (موسوعة : ١٤ ، ٣ ، ١٩ ، فاتحة) • وبذلك أصبح للغير الذى تعامل مع الوكيل حق الرجوع على كل من الموكل والوكيل •

---

(١) انظر : Girard, Manuel. p. 710-711.

وبذلك استطاع الرومان ، عن طريق وسائل متعددة ، تلافى المضار التى تترتب على عدم الأخذ بمبدأ النيابة ، ولكنهم لم يتوصلوا أبدا الى الاعتراف بالنيابة كمبدأ عام .

الفقه الاسلامى : أخذت الشريعة الاسلامية — خلافا للقانون الرومانى — بمبدأ النيابة كمبدأ عام . ولكن الفقهاء اختلفوا فى تطبيق ذلك المبدأ فيسلم بعضهم (الحنابلة) بمبدأ النيابة الكاملة بلا استثناء : فالعقد الذى يعقده الوكيل تنصرف آثاره مباشرة الى الموكل بغض النظر عن كون الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه أو الى الموكل ، وعلى ذلك فالملك ينتقل فى عقد البيع الى الموكل مباشرة وهو الذى يلتزم بدفع الثمن . وذهب بعضهم الآخر (الحنفية) الى التفرقة بين الأمور الآتية :

هل أضاف الوكيل العقد الى نفسه أو الى الموكل ؟ هل العقد من عقود المعاوضات كالبيع والاجارة والصلح فى المنازعات المالية أو من العقود التى يجب فيها القبض لتمامها ، مثل الهبة ، والقرض ، والرهن ؟ وأخيرا تجب التفرقة من حكم العقد وحقوقه .

يرجع حكم العقد (١) (كانتقال الملكية) فى كل العقود (المعاوضات والعقود التى لا تتم الا بالقبض فى ذلك سواء) الى الموكل حتى ولو كان كان الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه . ويستثنى من ذلك الحالة التى يكون فيها الوكيل نائبا عن المستفيد من العقد فى العقود التى لا تتم

---

(١) يقصد الشرعيون بحكم العقد الفرض الذى يرمى اليه المتعاقدان من العقد مثل انتقال ملكية المبيع للمشترى وملكية البائع للثمن،والقانون هوالذى يحدد ذلك الغرض ، اما حقوق العقد فيطلقونها على تلك الالتزامات التى تقع على عاتق المتعاقدين بقصد تحقيق حكم العقد ، مثل تسليم المبيع وقبض الثمن وضمان الاستحقاق ... الخ فى عقد البيع .

وحكم العقد — كما سبق القول ص ١٩٤ شبيه بما يسميه الرومان والفقه الحديث بالاثار الجوهرية essentialia negotii اما حقوق العقد فتنقسم قسمين : مقتضى العقد ، مؤكد لمقتضى العقد ، والاول شبيه بالعناصر الطبيعية naturalia negotii اما الثانى فهو شبيه بالآثار العرضية accidentalia negotii

الا بقبض محلها (مثل الهبة) اذا كان قد أضاف العقد الى نفسه ، وكذلك عقد الزواج اذا أضافه الوكيل الى نفسه . ففى هاتين الحالتين الاستثنائيتين يرجع حكم العقد الى الوكيل الذى يستفيد من الهبة فى عقد الهبة وهو الذى يصبح زوجا فى عقد الزواج .

وترجع حقوق العقد (كالالتزام بتسليم المبيع) الى الموكل فى كل العقود اذا أضيف العقد اليه ، أما اذا أضافه الوكيل الى نفسه فان حقوق العقد ترجع اليه هو سواء فى ذلك عقود المعاوضات والعقود التى يشترط القبض لتمامها . ويستثنى من هذه القاعدة الأخيرة (العقود التى تتم بالقبض) الحالة التى يكون فيها النائب ممثلا للمتصرف ، والطلاق اذا أضافه الوكيل الى نفسه ففى هاتين الحالتين الاستثنائيتين ترجع حقوق العقد الى الموكل .

يتضح لنا مما تقدم أن الحنفية أخذوا بمبدأ النيابة الكاملة ، كقاعدة عامة فى الحالات التى يضيف فيها الوكيل العقد الى الموكل . ولكنهم أخذوا بمبدأ النيابة الناقصة كقاعدة عامة اذا كان الوكيل قد أضاف العقد الى نفسه . أما الحنابلة فقد أخذوا بمبدأ النيابة الكاملة فى كل الحالات .

فالشريعة الاسلامية قد وصلت اذن الى تقرير مبدأ النيابة الكاملة بينما لم يصل القانون الرومانى اطلاقا الى تقرير هذا المبدأ . وذلك راجع الى أن الشريعة الاسلامية نظرت الى الالتزام نظرة مادية بعكس القانون الرومانى الذى اعتبره رابطة شخصية لا يمكن أن توجد الا بين الأشخاص الذين انشأوها . ويرجع ذلك من جهة أخرى الى أن الشريعة الاسلامية قانون غير شكلى بعكس القانون الرومانى الذى قام على الشكليات ، وبما أن التصرفات التى تتم باجراء رسمية شكلية لا تنتج أثرها الا بالنسبة لمن قام بها فمن المنطقى ألا يأخذ الرومان بمبدأ النيابة . |

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك : محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ص ٣٦١ ، على الخفيف ، احكام المعاملات الشرعية ، ص ٣١٩ ، السنهورى نظرية العقد ص ٢٠٩ هامش ١ ، شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ص ٦١، كتابنا ، بين الشريعة والقانون الرومانى ص ١٣٢ .

§ ٢ — انتقال الالتزام (بين الأحياء)

القانون الرومانى (١) : نظر الرومان الى الالتزام باعتباره رابطة بين شخصين وترتب على ذلك أن الالتزام الناشىء بين شخصين يجب أن يظل قائما بينهما بذاتهما حتى انقضائه : فلا يصح انتقاله ، لا ايجابا ولا سلبا ، الى غيرهما . وقد كان هذا المبدأ مسلم الأخذ به في القانون القديم الذى كان لا يبيح انتقال الالتزام لا من الناحية الايجابية ولا من الناحية السلبية لا بين الأحياء ولا بسبب الموت ، ثم أباح الرومان بعد ذلك انتقال الالتزام، ايجابا وسلبا ، بسبب الموت ، على أساس اختلاط ذمة المورث بذمة الوارث واعتبار شخصية الأخير استمرارا لشخصية الأول ، فأصبح يكسب حقوقه ويلتزم بالتزاماته . ولكنهم لم يعرفوا مبدأ انتقال الألتزام ، لا سلبا ولا ايجابا، بين الأحياء ، ثم لجأ الرومان — تحت ضغط حاجات العمل — الى استعمال عدة وسائل تؤدى الى جواز انتقال الألتزام ايجابا وسلبا ، بين الأحياء دون أن يسلموا بمبدأ الأنتقال كقاعدة عامة .

وتنحصر الوسائل التى لجأ اليها الرومان ، بغية اجازة انتقال الألتزام بين الأحياء من الناحية الايجابية (حوالة الحق) فى تجديد الدين عن طريق تغير الدائن ، التوكيل بقبض الدائن مع هبته للوكيل ، والدعاوى المفيدة .

وبالالتجاء الى تجديد الدين يلتزم المدين بالوفاء بالدين للدائن الجديد (المحال) الذى حل محل الدائن القديم (المحيل) . ويتم ذلك التجديد ، عن طريق استعمال الاشتراط الشفوى ، حيث يشترط الدائن الجديد ، برضاء الدائن القديم ، على المدين أن يتم وفاء الدين اليه هو لا الى الدائن القـــديم .

ولهذه الطريقة الأخيرة عدة عيوب أهمها : تستلزم موافقـــة المـــدين (المحال عليه) وقد يرفض أن يلتزم باشتراط شفوى جديد لصالح الدائن الجديد . ومن جهة أخرى لا يترتب على التجديد انتقال نفس الحق من

(١) انظر : Monier, Manuel, t, 2. 261 ets ; Giffard, Précis. t. 2. p. 297 ets ; Ruiz, Ist. p. 401.

المحيل الى الدائن الجديد ، بل يترتب عليه نشؤء حق جديد لصالح الدائن الجديد ، ذلك أنه بمجرد قيام المدين باشتراط شفوى يتعهد فيه بالتزام فى مواجهة الدائن الجديد ينقضى الالتزام القديم بأوصافه وتأميناته وينشأ بدله التزام جديد • وينتج عن ذلك أن الالتزام الجديد لا يتمتع بنفس الصفات التى كان يتمتع بها الالتزام القديم • فالالتزام الناشىء عن الاشتراط الشفوى يحمى بدعوى القانون الضيق حتى ولو كان الالتزام القديم تحميه احدى دعاوى حسن النية ، وتزول التأمينات التى كان يتمتع بها الالتزام القديم ويحرم المدين من الدفوع التى كانت له قبل الدائن القديم •

ولجأ الرومان ، بعد ظهور دعاوى البرنامج ، الى وسيلة أخرى هى الوكالة فى قبض الدين المصحوبة بهبته ، فيعطى الدائن القديم توكيلا للمحال (الدائن الجديد) بقبض الدين من المدين ويهبه اليه فى نفس الوقت • وبذلك يستطيع المحال ، بمقتضى هذا التوكيل ، الحصول على الدين كما يستطيع بمقتضى الهبة الاحتفاظ به لنفسه • ولكن استعمال هذه الوسيلة لا يؤدى الى انتقال الالتزام ، ذلك أن المحال لا يطالب بالدين باسمه الخاص بل نيابة عن الدائن المحيل (جايوس ، النظم ٢ ، ٣٩) ، ولا تنشأ علاقة مباشرة بين المحال والمدين الا بعد الاشهاد على الخصومة • وهذه العلاقة بين المحال والمدين نشأت نتيجة للصيغة المستعملة فى البرنامج: فالبريتور يذكر اسم الدائن القديم فى الجزء الخاص بالادعاء، ويكلف القاضى ، فى الجزء الخاص بالحكم باصدار الحكم باسم المحال (الدائن الجديد) •

ولهذه الطريقة الأخيرة مزاياها ومضارها • ومن أهم مزاياها : لايشترط الحصول على موافقة المدين ، تبقى أوصاف الالتزام وتأميناته ، وأهم عيوب تلك الطريقة أنها لاتكسب الدائن الجديد (المحال) حقا له ذاتية مستقلة لأنها تجعله تحت رحمة المحيل حتى وقت الاشهاد على الخصومة : فحتى ذلك التاريخ يستطيع الدائن القديم (المحيل) حرمان المحال من حقوقه بعزله من الوكالة ، ويحرم المحال من حقوقه أيضا اذا مات المحيل

قبل الاشهاد على الخصومة • ويستطيع المحيل ، من جهة أخرى ، تحويل نفس الحق الى شخص آخر أو ابراء المدين منه أو قبض الدين منه ، وكل ذلك مادامت الدعوى لم تصل الى مرحلة الاشهاد على الخصومة ، فحق المحال لا يستقر ولا يصبح نهائيا الا بعد الاشهاد على الخصومة •

ولتلافى هذه العيوب عمد الرومان ، منذ عهد الامبراطور Antonin le Pieux الى استعمال الدعاوى المفيدة • وأصبح للمحال بمقتضى هـذا النظـام الجديد • دعاوى باسمه هو ضد المدين ، وطبقت هـذه الدعاوى على حوالة حقوق التركة ، فأصبح للمحال دعاوى مفيدة فى حالة عزله مـن الوكالة بقبض الدين أو فى حالة وفاة المحيل • ولكن هذا النظام لم يقض على كل العيوب : فقبل الاشهاد على الخصومة يستطيع المحيل أن يقبض الدين من المدين أو يبرئه منه أو يحوله الى شخص آخر ، وقد يقـوم المدين ـ الذى يجهل وجود الحوالة ـ بالوفاء بين يدى المحيل • ولتفادى هذه العيوب استعمل الرومان الطريقة الآتية : يستطيع المحال أن يعـلم المدين بالحوالة وعلى المدين بعد ذلك أن يدفع بالغش اذا طالبه المحيل بالدين •

أما فيما يتعلق بانتقال الالتزام ، من الناحية السلبية ، أى حـوالة الدين ، فالرومان لم يسلموا بالأخذ به كمبدأ عام • ولكنهم استعملوا وسائل ملتوية ، شبيهة بتلك التى استعملوها بصدد حوالة الحق ، ليصلوا الى تطبيقه فى بعض الصور ، ولجأوا فى ذلك الى تجديد الدين بتغيير المدين والى الوكالة بقضاء الدين عن المدين ، ولكنهم لم يستعملوا نظـاما شبيها بنظام الدعاوى المفيدة • وتقضى هاتان الوسيلتان بضرورة الحصول على رضاء الدائن (١) •

الفقه الاسلامى : نظر الفقهاء المسلمون الى الالتزام نظرة مادية فتصوروه على أنه علاقة مالية وترتب على ذلك جواز انتقاله • فهو ينتقل ، مـن

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك •
Huvelin; Cours, t, 2. p. 321 Ruiz, 1st p. 401.

الوجهة الايجابية ، الى الورثة بالحالة التى كان عليها بعد سداد ديون التركة . ولكنهم لم يجيزوا انتقال الالتزام ، من الوجهة السلبية ، بسبب الموت لانفصال ذمة المورث عن ذمة الورثة ، فهؤلاء لا يسألون من مالهم الخاص عن ديون المتوفى لأن التركه وحدها هى الضامنة لما عليه من ديون .

أما فيما بين الأحياء فقد أخـذت الشريعة الاسلامية بمبدء انتقـال الالتزام من الناحية السلبية ، أى أجازت حوالة الدين . ويطلق الفقهاء على هذا النظام اسم « الحوالة » وقد قرر هيفلان « ان الحوالة الاسلامية هى من المرونة بحيث تؤدى فى نفس الوقت ، وظائف عدة . فهى تؤدى وظائف الاحالة ، والتنازل عن الحق ، والوكالة بالقبض والوكالة بقضاء الدين ، وفتح الاعتماد » (١) .

ومن المؤسف أن يذهب الأستاذ موران Mroand ، أحد المتضلعين فى الفقه الاسلامى ، الى القول بأن « الشريعة الاسلامية لا تجيز حوالة الدين بين الأحياء فانتقال الدين ... معلق على قبول الدائن ، وبانتقاله تبرأ ذمة الكفيل فالحوالة لا تعدو أن تكون تجديدا للدين مع تغيير المدين » (٢) . وهذا الرأى ليس دقيقا من الناحية العلمية وذلك للأسباب الآتية : ان اشتراط رضا الدائن لا يغير من طبيعة الحوالة ، فالقـانون السويسرى يشترط رضا الدائن فى حوالة الدين والقانون الألمانى يتطلب اجازة الدائن للحوالة ويعطى لتلك الاجازة أثرا رجعيا (٣) كما ان بعض الفقهاء المسلمين (المالكية) لا يشترطون رضاء الدائن لصـحة الحوالة .

(١) اشار اليه ، شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ، ص ١١٩ .

(٢) راجع : Morand, quelques particularité du droit musulman des obligations, in Bulletin de la société de legislation comparee. 1927, p. 364.

(٣) Saleilles, Etudes de la théorie générale de l'obligation, 1925, p. 99.

ان المذاهب الاسلامية المختلفة لا تشترط كلها رضاء المدين الجديد لصحة الحوالة ، فالشافعية والحنابلة والمالكية لا يشترطون ذلك الشرط ويرونه عديم الجدوى اذ من الجائز أن يكون ذلك المدين مدينا للمدين القديم ومن ثم لا يهمه أن يفى بالدين بين يدى دائنه الأصلى (المدين القديم) أو بين يدى دائن آخر ، ويذهب الحنفية وحدهم الى ضرورة موافقة المدين الجديد (١) .

ان براءة ذمة الكفلاء كأثر من آثار الحوالة فى الشريعة الاسلامية لا يزيل عنها وصف الحوالة بمعناها القانونى . فالقانون الألمانى مثلا ينص على براءة ذمة الكفيل بعد الحوالة اذا كان قد ضمن المدين لاعتبارات خاصة بشخصه (أى المدين) (٢) . وعلاوة على ذلك فهذا الحكم مختلف عليه بين فقهاء الحنفية سواء فيما يتعلق بالتأمينات العينية (كالرهن) أو الشخصية (كالكفالة) . فبينما ذهب أبو يوسف الى انقضاء تلك التأمينات بالحوالة ، نادى محمد ببقائها مع ملاحظة أن هذا البقاء ليس مقررا ضد اعسار المدين الجديد بل ضد اعسار المدين القديم ، فاذا لم يحصل الدائن على دينه من المدين الجديد ، وكان هذا معسرا ، جاز له (الدائن) أن يرجع على المدين القديم وحينئذ تعود التأمينات الضامنة للدين الى الوجود . أما فقهاء المذاهب الأخرى فقد قالوا بانقضاء التأمينات . ذلك أنهم نظروا الى الحوالة باعتبارها نوعا من التسوية يستطيع بمقتضاها شخص مدين لشخص آخر ودائن فى نفس الوقت لمدين آخر أن يطلب من مدينة الوفاء بما عليه من دين الى دائنه . وترتب على ذلك ، بالضرورة ، تماثل الالتزامين : التزام المحيل فى مواجهة المحال والتزام المحال عليه فى مواجهة المحيل . ونظرا لأن التأمينات تختلف ، بطبيعة الحال ، فى كلا الالتزامين فانها تسقط وينتقل الدين بدون التأمينات ، فاذا كان أحد

---

(١) أنظر على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ٥١٢ ، وكذلك البيرشيرون ومحمد صادق فهمى فى مقالهما بالفرنسية :

Albert Chéron et Mohmed Sadek Fahmy, Le transport de dette, in, Bull. Soc. Leg. Comp. 1930 p. 583.

(٢) Saleilles, op. cit., p. 101.

الدينين مضمونا برهن أو بكفالة فانه ينتقل بدونهما (١) . واذا كان هؤلاء الفقهاء متفقين على زوال التأمينات فانهم متفقون أيضا على بقاء أوصاف الالتزام كالأجل ، والتعليق على شرط ... الخ .

نخلص من ذلك الى أن الحنفية يشترطون لصحة الحوالة ، رضاء كل من الدائن والمدين الجديد دون حاجة الى رضاء المدين القديم ، وفى هذه الحالة لايستطيع المدين الجديد الذى وفى بالدين الرجوع على المدين القديم الا اذا كان هذا الأخير قد قبل الحوالة . أما المذاهب الأخرى فتشترط ، لصحة الحوالة ، رضاء كل من الدائن والمدين القديم دون حاجة الى الحصول على رضاء المدين الجديد ، بل ذهب المالكية الى حد القول بأن رضاء الدائن ليس ضروريا ، وبذلك تنشأ الحوالة عندهم برضاء المدين القديم وحده . ومن جهة أخرى نجد خلافا بين فقهاء الحنفية حول أثر الحوالة على التأمينات ، بينما يقول فقهاء المذاهب الأخرى بسقوط تلك التأمينات . ولكن فقهاء المذاهب المختلفة متفقون على أن الدين ينتقل بأوصافه فان كان مؤجلا أو معلقا على شرط بقى كذلك بالنسبة للمدين الجديد (المحال عليه) (٢) ، وهذا وحده كاف للتمييز بين حوالة الدين وتجديد الدين .

أما فيما يتعلق بانتقال الالتزام ، من الوجهة الايجابية بين الأحياء ، أى حوالة الحق فالمسألة مختلف عليها بين الفقهاء . فذهب بعضهم (المالكية) الى صحة بيع الدين ورهنه وهبته . وذهب بعضهم الآخر (الحنفيــة والشافعية) الى تحريم التصرف فى الدين سواء بمقابل أم على سبيل الهبة فما سبب ذلك التحريم ؟ ذهب الأستاذ موران الى أن ذلك التحريم راجع الى أن الفقهاء الشرعيين نظروا الى الالتزام باعتباره علاقة شخصية ،

---

(١) شيرون وصادق فهمى ، المقال المشار اليه ص ٦١٣ .
Chéron et Sadek Fahmy, p. 613

(٢) انظر ، على الخفيف ، ص ٥١٤ .

وبالتالى لا يجوز انتقاله ، واعتمد فى ذلك على أن « الاكراه البدنى هو الوسيلة العادية لتنفيذ الالتزامات فى الشريعة الاسلامية (١) •

ولكن هذا الرأى لا أساس له من الصحة • فالرأى الغالب يعتبر الالتزام فى الشريعة الاسلامية علاقة مالية وليس رابطة بين شخصين ، وتظهر آثار تلك النزعة المادية فى كثير من الحالات التى سبق أن رأينا بعضها • ومن جهة أخرى فذمة المدين هى الضامنة للوفاء بما عليه من التزامات وليس بدنه ، والاكراه البدنى (حبس المدين) لم يشرع لايذاء المدين وكعقوبة له ولكن لاكراهه على الاقــرار بما لديه من مال (٢) • فالغرض منه هو اجبار المدين الملىء المماطل على اظهار أمواله حتى يمكن التنفيذ عليها ولذلك يعفى من الحبس اذا ثبت اعســاره أو اذا لم يعلن عن ماله مدة الحبس (حدها الأقصى ثلاثة أشهر) لأنه يفترض فيه حينئذ الاعسار (٣) • وفوق ذلك فان الدين لا يسقط بالحبس وكل هذا يخالف ما هو مقرر فى القانون الرومانى •

وعدم جواز انتقال الالتزام ، من الوجهة الايجابية ، بين الأحياء عند القائلين به من الفقهاء ليس راجعا الى أن الالتزام رابطة شخصية بل الى سبب آخر يتعلق بالصناعة الفنية للنظم القانونية • فالدين لا يصح أن يكون محلا للتصرف فيه بعوض أو بدون عوض ، فلا يصح أن يكون محــلا لتصرف بدون عوض كالهبة لأن التسليم ركن أساسى فيها ، ولا محــلا لرهن حيازى لأن التسليم ركن فيه • وبما أن الدين حق مجرد فانه غير مقدور التسليم فى نظر الفقهاء الشرعيين ولكنهم أباحوا استثناء انتقال الحق الى المدين نفسه ، ووصفوا هذا التنازل من جانب الدائن بأنه عبارة عن ابراء أو وفاء بمقابل حسب الأحوال (٤) • وعلة هذا الاستثناء أن تنازل الدائن عن حق للمدين لا يحتاج الى تسليم • وقد عبر الكاسانى (٥)

(١) راجع : Morand, loc. cit., p. 360.

(٢) ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ١٤٤ •

(٣) من هذا الراى شفيق شحاته ، نظرية الالتزامات ، ص ٩٦
Fathy, La doctrine musulmane de l'abus des droits, these. Lyon. 1913, p. 242.

(٤) شفيق شحاته ، الالتزامات ، ص ١١٧ •

(٥) البدائع جـ ٥ ، ص ١٤٨ •

عن كل ذلك بقوله « لا ينعقد بيع الدين من غير من عليه الدين لأن الدين اما أن يكون عبارة عن مال حكمى فى الذمة واما أن يكون عبارة عن فعل تمليك المال وتسليمه وكل ذلك غير مقدور التسليم فى حق البائع ويجوز بيعه ممن عليه لأن المانع هو العجز عن التسليم ولا حاجة الى التسليم هنا » .

نستطيع اذا أن نؤكد أن الشريعة الاسلامية نظرت الى الالتزام نظرة مادية فاعتبرته قيمة مالية ، بعكس القانون الرومانى الذى نظر اليه نظرة شخصية فاعتبره علاقة بين طرفين .

المطلب الرابع

نظرية البطلان (بطلان العقد)

تقوم نظرية البطلان فى القانون الحديث على أساس وجود نوعين من البطلان : بطلان مطلق وبطلان نسبى . ومن أهم حالات البطلان المطلق حالة العقد الذى فقد ركنا من أركان انعقاده . ومن أهم حالات البطلان النسبى حالة العقد الذى توافرت كل أركانه ولكن شاب ركن الرضا عيب من العيوب المفسدة للرضا كالغلط والتدليس والاكراه . والعقد الباطل بطلانا مطلقا لا ينتج عنه أى أثر باعتباره عقدا . أما العقد الباطل بطلانا نسبيا فهو صحيح ومنتج لآثاره ، غاية الأمر أن الشخص الذى تقرر البطلان لصالحه يستطيع أن يطالب بابطاله ، فالأمر متروك له ، ان شاء طالب بابطال العقد وان شاء تنازل عن البطلان وأجازه ، ولذلك يوصف البطلان النسبى أحيانا بأنه قابلية للابطال .

القانون الرومانى : ان التفرقة بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والباطل بطلانا نسبيا لم يكن لها وجود فى القانون الرومانى حتى العصر العلمى ، فهو لا يعتد الا بنوع واحد من البطلان ، البطلان المطلق . فطبقا للقانون المدنى الرومانى يكون العقد صحيحا ومنتجا لآثاره اذا توافرت له سائر الشروط القانونية اللازمة ، أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فهو باطل ولا يمكن

تصحيح البطلان • فالقانون الرومانى لا يعرف حتى العصر العلمى ، سوى العقد الصحيح والعقد الباطل ، ولكنه يجهل العقد القابل للابطال •

وبالنظر للازدواج الذى كان موجودا فى القانون الرومانى فى العصر العلمى بين القانون المدنى من جانب والقانون البريتورى من جانب آخر ، أى الازدواج بين نظامين قانونيين مختلفين : أولهما يقوم على الأخذ بحرفية النصوص وثانيهما مشبع بروح العدالة والمرونة فى التطبيق ، أمكن تصور وجود عقد صحيح طبقا للقانون المدنى ولكنه غير منتج لآثاره طبقا للقانون البريتورى •

وبفضل الطرق الملتوية والحيل المختلفة التى كان يلجأ اليها البريتور ، مؤيدا برأى الفقهاء ، أمكن عدم الاعتراف بأى أثر للعقد الذى شابه غش أو انعقد تحت تأثير الاكراه أو وقع فيه أحد المتعاقدين فى غلط •• الخ • فقد تمكن البريتور ، بمساعدة الفقهاء ، من وضع كثير من الوسائل تحت تصرف الشخص الذى عاب رضاه عيب من العيوب المذكورة ، دون أن يتعرض لموضوع البطلان فى ذاته ، وكانت هذه الوسائل تؤدى الى عدم تطبيق القانون المدنى أى الى عدم الاعتراف بآثار هذا العقد رغم التسليم بصحته • من ذلك منح الشخص دعاوى تؤدى الى فسخ العقد كما فى دعوى الاكراه أو منحه دفعا يدفع به دعوى الدائن حينما يطالبه بالتنفيذ كما فى الدفع بالغش أو منحه أمر اعادة الشىء الى أصله حتى يتمكن من الغاء العقد الغاء تاما واعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد • وعلى ذلك كان يمكن تقرير بطلان العقد عن أحد طريقين : بطلانه بقوة القانون طبقا للقانون المدنى أو عدم الاعتراف بآثاره بصفة استثنائية طبقا للقانون البريتورى (١) •

وحينما تم اندماج القانون المدنى والقانون البريتورى فى نظام قانونى موحد فى عهد جستنيان ظل البطلان المطلق الذى كان يعرفه القانون المدنى وأضيف اليه نظام قانونى آخر هو القابلية للابطال التى ظهرت على يد

---

(١) انظر : Betti, Ist. p. 180.

البريتور . وهكذا ظهر التمييز بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد القابل للابطال أى الباطل بطلانا نسبيا ، وانتقلت هذه التفرقة الى القوانين الحديثة التى اشتقت من القانون الرومانى .

الفقه الاسلامي : تختلف نظرية البطلان فى الشريعة الاسلامية ، وخاصة طبقا لرأى مدرسة الحنفية ، كل الاختلاف عن كل من القانون الرومانى والقانون الحديث ، فالعقد ، طبقا لرأى الفقهاء الحنفية ، له أربع مراتب بالنظر الى آثاره (١) .

اولا — مرتبة الانعقاد (العقد الصحيح والعقد الباطل) : يجب لكى ينعقد العقد أن تتوافر له كل أركان الانعقاد وشرائطه ، فان تخلف ركن أو شرط منها اعتبر باطلا وقد عرف المرحوم محمد قدرى (باشا) فى كتابه مرشد الحيران م ٢١٩ العقد الباطل بقوله « العقد الباطل هو ماليس مشروعا لا أصلا ولا وصفا أى ما كان فى ركنه أو فى محله خلل بأن كان الايجاب والقبول صادرين ممن ليس أهلا للعقد أو كان المحل غير قابل لحكم العقد » .

وعلى ذلك يعتبر العقد باطلا اذا لم يكن له طرفان أو اذا لم يكن لأحدهما أو كلاهما أهلية التعاقد . ومن أمثلة ذلك تعاقد الشخص مع نفسه أو اذا كان المتعاقد عديم التمييز مثل الطفل والمجنون أو اذا كان ليس أهلا للتعاقد كالعقد الذى يجريه الصبى المميز فيما يضره ضررا محضا . والحال كذلك اذا كان المحل غير قابل لحكم العقد ومن أمثلة ذلك العقد الذى يرد على مال خارج عن دائرة التعامل كبيع مال من الاموال العامة .

هذا العقد يعتبر غير موجود فى نظر الشارع رغم وجود صورته

---

(١) انظر : الكاسانى جـ ٥ ، البيع ، السنهورى ، نظرية العقد ، ص ٦١٤ ، الخفيف ص ٣٤٨ ، محمد يوسف موسى ، الاموال ونظرية العقد ، ص ٤٤٠ ، شفيق شحاته ، ص ١١٧ ، كتابنا بين الشريعة والقانون الرومانى ، ص ١٤٧ .

الخارجية ولذلك لا يترتب عليه أى أثر « فهو لا يفيد الملك فى الأعيان المالية ولو بالقبض (٢١٩ — ٢ ، من مرشد الحيران) • فهو يعتبر عقدا باطلا بطلانا مطلقا طبقا للتعبير الذى يجرى عليه الفقه الغربى •

ثانيا — مرتبة النفاذ (العقد النافذ والعقد الموقوف) : لكى ينفذ العقد يجب أن تتوافر له ، علاوة على أركان الانعقاد ، شروط النفاذ ، وعلى ذلك يكون العقد غير نافذ اذا توافرت له أركان الانعقاد ولكن ينقصه شرط من الشروط التى تطلبها القانون لنفاذه • هذا العقد يعتبر موقوفا فهو قد انعقد صحيحا ولكنه يبقى غير نافذ حتى تتوفر له شروط النفاذ • ويذكر لنا صاحب مرشد الحيران حالات عدم النفاذ بقوله م ٢١٦ « اذا انعقد العقد موقوفا غير نافذ بأن كان العاقد فضوليا تصرف فى ملك غيره بلا اذنه أو كان العاقد صبيا مميزا فلا يظهر أثره ولا يفيد ثبوت الملك الا اذا أجازه المالك ، فى الصورة الأولى ، والولى أو الوصى فى الصورة الثانية ووقعت الاجازة مستوفية لشرائط الصحة » •

وعلى ذلك فالعقد يعتبر موقوفا أى غير نافذ اذا كان — كقاعدة عامة — يمس حقا من حقوق الغير ، كما فى تصرف الفضولى والوصية لوارث (عند من لا يجيز الوصية لوارث) أو الوصية لأجنبى بأكثر من ثلث التركة • ففى هذه الحالات يظل العقد غير نافذ ولا ينتج آثاره طالما لم يجزه من له حق اجازته (من له حق التصرف فى حالة الفضولى والورثة فى حالة الوصية) • والحال كذلك بالنسبة للتصرفات التى يجريها الصبى المميز اذا كانت هذه التصرفات تتردد بين النفع والضرر ، فهى تعتبر موقوفه على اجازة وليه أو وصيه •

ويتضح لنا مما تقدم أن العقد غير النافذ يضم ، فى بعض صوره ، حالات العقد الباطل بطلانا نسبيا حسب التعبير الرومانى •

ثالثا : مرتبة الصحة (العقد الصحيح والعقد الفاسد) : اذا اكتملت أركان العقد ولكن كان ينقصه شرط من شروط الصحة سمى عقدافاسدا . وقد عرفه صاحب مرشد الحيران فى م ٢١٨ بقوله : « العقد الفاسد هو ما كان مشروعا بأصله لا بوصفه أى أنه يكون صحيحا باعتبار أصله لاخلل فى ركنه ولا فى محله فاسد باعتبار بعض أوصافه الخارجية بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهولا جهالة فاحشة أو يكون العقد خاليا من الفائدة أو يكون مقرونا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد . والعقد الفاسد لا يفيد الملك المعقود عليه الا بقبضه برضا صاحبه » . ومن أمثلة العقد الفاسد : العقد الذى يكون محله غير معين كبيع دار من دورالبائع دون تحديدها والعقد الذى انعقد تحت تأثير الاكراه . والامر كذلك بالنسبة للعقد الذى يشوبه غرر كالربا أو العقد الذى يقترن بشرط فاسد كشرط عدم التصرف فى المبيع . والشرط الذى لا يكون من مقتضيات العقد ولوازمه ولا مما يؤكد موجبه ولا جرى به العرف وكان به نفع لأحد العاقدين أو لآدمى غيرهما (م ٢٢٨ من مرشد الحيران) .

وعلى ذلك فالعقد الفاسد يضم — فى الفقه الاسلامى — بعض حالات العقد بطلانا نسبيا كحالة الاكراه اذا استعملنا مصطلحات الفقه الغربى (الرومانى) .

رابعا — مرتبة اللزوم (العقد اللازم والعقد غير اللازم) : يعتبر العقد لازما اذا لم يكن لأحد عاقديه فسخه دون موافقة الطرف الآخر . أما العقد غير اللازم فهو الذى يستطيع فيه أحد الطرفين أو كلاهما فسخه . والى جانب العقود غير اللازمة بطبيعتها مثل الوكالة والعارية والوديعة ... الخ نجد عقودا لازمة بطبيعتها ، مثل البيع . ولكن قد يقترن البيع بخيار من الخيارات المعروفة فى الفقه الاسلامى مثل خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب .. الخ . فيصبح حينئذ عقدا غير لازم .

ونخلص مما تقدم الى أن الشريعة الاسلامية ــ تفرق فيما يتعلق باثار العقد ــ بين الأنواع الآتية :

العقد الباطل والعقد الفاسد والعقد الموقوف (أو غير النافذ) والعقد اللازم . فاذا طرحنا جانبا فكرة العقد اللازم التى لا تدخل فى نظرية البطلان وجدنا أن الشريعة الاسلامية تعترف بوجود درجة وسطى بين العقد الباطل بطلانا مطلقا والعقد الباطل بطلانا نسبيا هى العقد الفاسد.

---

(١) التفرقة بين العقد الفاسد والعقد الباطل لا توجد الا عند مدرسة أبى حنيفة . أما المدارس الاخرى فتعتبر الفساد والبطلان امرا واحدا .

خاتمة الباب الثانى

نستطيع الآن أن نؤكد أن النظرية القائلة بتأثر الشريعة الاسلامية بالقانون الرومانى لا أساس لها من الواقع وأن أصحابها أقاموها على أدلة لا وجود لها الا فى مخيلتهم هم وحدهم • ولحسن الحظ أننا نجد الآن عددا كبيرا ممن أخذوا بهذه النظرية بدأوا يرجعون عن آرائهم ويهدون الى سواء السبيل •

وأظن أننا استطعنا فى هذا الباب أن نبين أن الشريعة الاسلامية نشأت مستقلة تمام الاستقلال عن القانون الرومانى • هذا الرأى الذى نقول به ـ ويشاطرنا فى الأخذ به عدد كبير من المستشرقين ـ بنيناه على أسس علمية وحقائق تاريخية ثابتة مجردة عن الهوى وبعيدة عن التحيز •

فالعادات والتقاليد العربية التى سادت فى المجتمع العربى قبل الاسلام ـ وقد احتضنت الشريعة الاسلامية عددا كبيرا منها ـ لم تتأثر البتة بالقانون الرومانى • هذا الرأى أصبح مسلما لدى الغالبية العظمى من الباحثين • وتاريخ حياة الرسول عليه السلام والطريقة التى صدرت بها قواعد التشريع الاسلامى فى عهده تدل على أن قواعد التشريع الاسلامى كانت ـ فى ذلك العهد ـ بمنأى عن التأثر بالقانون الرومانى•

والفترة التى تلت حياة الرسول الكريم تميزت بانتقال السلطة التشريعية الى الصحابة والتابعين ولم يذكر لنا التاريخ أن واحدا منهم تأثر بالقانون الرومانى أو سنحت له الفرصة للاطلاع عليه • وفى هذا العهد بالذات وضعت الأسس الاولى للتشريع الاسلامى فجاءت قواعده وليدة البيئة الاسلامية الخالصة ومتأثرة بظروف المجتمع الاسلامى وحده •

وقد اعتمد فقهاء المدارس الاسلامية الكبرى على ذلك التراث الذى ورثوه عن الصحابة والتابعين • ولم يتأثروا بالقانون الرومانى فيما وضعوه

من قواعد قانونية . ويؤكد ذلك أننا لا نرى أثرا للصياغة القانونية الرومانية فى الفقه الاسلامى . وقد أثبتنا أنهم لم يعرفوا القانون الرومانى لا عن طريق اليهود ولا عن طريق الثقافة السريانية أو الاغريقية ، وأن كتب القانون الرومانى التى ترجمت الى اللغات الشرقية — ومن بينها العربية — لم تترجم الا فى عهد لاحق على نضوج الفقه الاسلامى واكتماله . ولقد أثبتنا أيضا أن المؤلفات القانونية التى وضعت باللغة السريانية هى التى تأثرت بالفقه الاسلامى وليس العكس .

يضاف الى ذلك أن مصادر وطرق تفسير القانونين مختلفة كل الاختلاف وقد شهد بذلك المستشرقون أنفسهم .

ومن أجل ذلك جاءت قواعد التشريع الاسلامى مختلفة عن القواعد الرومانية سواء من حيث الروح العامة التى تسيطر على التشريعين أم من حيث الأحكام القانونية التى تظمت العلاقة بين الأفراد فى المجتمع أم من حيث الصناعة الفقهية نفسها . وقد ترتب على ذلك أننا لا نجد تشابها بين القانونين الا فيما يتعلق ببعض القواعد الجزئية . والتشابه فى الجزئيات — بشهادة المستشرقين أنفسهم — لايدل مطلقا على تأثر أخذ القانونين بالآخر لأن هذه القواعد الجزئية نجدها فى قوانين أخرى بعيدة عن مظنة التأثر بالقانون الرومانى كالقانون الهندى .

ولكل ذلك لا يجوز التعلل بتأثر الشريعة بالقانون الرومانى لتبرير النقل والاقتباس عن القوانين الأجنبية وتعطيل تطبيق الشريعة .

الفهـرس

الموضـــوع الصفحـــة

مقـــدمة : التعريف بقوانين البلاد العربية : الوطن العربى والامة العربية ، ٣

الشريعة الاسلامية تحكم وحـدها البـلاد العربيـة حتى أواخر القرن التاسع عشر ، النظم الأوربية تزاحم النظم الاسلامية ، اسـباب النقل والاقتباس عن القـوانين الأوربية ، العودة الى الشريعة الاسلامية ، اعتراضـات مردودة ، المشرع الدستورى يقضى باعتبـار الشريعة مصـدرا للتشريع ، خطة الدراسة ٢٦

الباب الأول

مصادر الشريعة وتطورها

مبحث تمهيدى : التعريف بالفقه الاسلامى ومصادره : مدلول الشريعة والفقه الاسـلامى ٢٧

اقسام الفقه الاسـلامى ، تعدد الادلة ، أدوار الفقـه الاســلامى ٣٦

الفصل الأول : دور النشـأة (عصر النبوة) ٣٧

مبحث تمهيدى : الحالة الدينية والاجتماعية والاقتصادية ، ٣٧

المبحث الأول : تأسيس الدولة الاسلامية : التمييز بين الفترة المكيـة والفترة المدنيـة ٤١

مقومات المجتمع الاسلامى ١ ــ الاســلام دين ودولـة ٢ ــ بناء المجتمع الاسلامى على رباط الدين ٣ ــ قيـام نظام الحكم على اساس الشورى ٤ ــ المساواة من أصول النظام الاسـلامى ٥ ــ تحقيق التوازن بين مصلحة الفرد ومصـلحة الجمـاعة ٥٣

المبحث الثانى : الكتاب (القـرآن) : تنزيله ا اعجـازه ، نقـله وتدوينه : تفسـير القرآن ٥٤

الموضـــــوع	الصفحـة
أحكامه . خصائص آيات الأحكام ، حجيته ومنزلته فى الاســـتدلال	٦٤
المبحث الثالث : السنة : تعريفها . التمييز بين السنة التشريعية والسنة غير التشريعية . جمعها وتدوينها : أقسام السنة من حيث روايتها : مكانة السنة من القرآن : حجية السنة ، منزلتها فى الاستدلال .	٦٤
الاســـتدلال	٧٧
الفصل الثانى : دور تأسيس الفقه الاسلامى	٧٨
المبحث الأول : التطورات الاجتماعية والاقتصـــادية والفكرية والســـياسية	٧٩
المطلب الأول : التطورات الاجتماعية والاقتصادية ، حدثان هامان (اتساع رقعة الدولة وهجرة الصحابة) : أهم معـــالم التطورات الاجتماعية والاقتصادية وأثرها ١ ــ التفاوت بين الدخول ٢ ــ تيارات فكرية جديدة ٣ ــ شيـوع التحديث عن الرسول ٤ ــ تعدد الآراء فى فهم الأحكام والاجتهـــاد	٨٣
المطلب الثانى : نشأة الفرق الاسلامية : § ١ ــ الخوارج : نشأتهم ، تسميتهم : آراؤهم . طـــوائفهم § ٢ ــ الشـــيعة : تسميتهم . نشأتهم : آراؤهم : فرقهم وطوائفهم .	٩٨
المطلب الثالث : نظام الحكم : § ١ ــ عهد الخلفاء الراشدين : نشأة نظام الخلافة : كيفية تولية الخلفاء الراشـــدين § ٢ ــ العهد الأموى : ظهور نظـــام توارث الخـــلافة § ٣ ــ ماهية الخلافة واحكامها : فروض الكفاية ومبدأ النيـــابة عن الأمة : تعريف الخلافة : ألقاب الخـــلافة ، وجوب الخلافة : الخلافة عقد بين الخليفة والأمة : أهل الحل والعقد : واجبـــات الخليفة وشروطه :مســـئولية الخليفـــة	١١٥
المبحث الثانى : الاجتهاد وتطور الفقه الاسلامى	١١٦

الموضوع	الصفحة

المطلب الاول : الاجتهاد (الرأى) : تعريفه ، تاريخ ظهوره ، انقسام اهل السنة الى اهل الحديث واهل الرأى ، محل الاجتهاد : ١ ـ حالة وجود النص ٢ ـ حالة عدم وجود النص ، حكمه وحجته ١٢٥

المطلب الثانى : الاجماع : تعريفه ، أركانه ، أنواعه ، مستند الاجماع ، حجيته ، مرتبته ومنزلته فى الاستدلال ، أثره ١٣٣

المطلب الثالث : القياس : تعريفه ، أركانه ، حجيته ، منزلته فى الاستدلال ، اثره ١٣٧

الفصل الثالث : دور نشوء المذاهب الكبرى وتدوين الفقه ١٣٨

المبحث الاول : نظم الحكم والادارة : انواع الولايات ، الخليفة . الوزارة ، امارة الأقاليم والبلاد ، الامارة العامة ، الامارة الخاصة ١٤٩

المبحث الثانى : ظهور المذاهب الكبرى ١٤٩

المطلب الاول : حرية الاجتهاد ، الاختلاف حول فهم مقاصد التشريع ، صور الاجتهاد ، تعدد المذاهب ١٥٦

المطلب الثانى : المذهب الحنفى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب ١٥٦

المطلب الثالث : المذهب المالكى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب ١٥٩

المطلب الرابع : المذهب الشافعى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب ١٦٠

المطلب الخامس : المذهب الحنبلى : مؤسس المذهب ، تلاميذه ، خصائص المذهب ١٦٢

المطلب السادس : مذهب الشيعة : اهم مذاهب الشيعة ١٦٣

المبحث الثالث : الاستحسان : تعريفه ، صوره ، حجيته ، منزلته فى الاستدلال ١٦٤

الموضـــوع	الصفحـة
المبحث الرابع : المصالح المرسلة : تعريفها ، صور المصلحة ، مقارنتها بالاستحسان شروطها ، شرط عدم تعارض التشريع بالمصلحة مع نصوص الشريعة ، أثرها ، مضمون قاعدة تغير الاحكام بتغير الزمان .	١٦٩
بتغير الزمان .	١٨١
المبحث الخامس : العرف	١٨١
المطلب الاول : شروط العرف : تعريفه ، انواعه ، حجيته ، منزلته فى الاستدلال ، شرائط اعتبار العرف ، شرط عدم مخالفة العرف بدليل أو أصل شرعى ، عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى خاص ، عدم جواز مخالفة العرف لنص تشريعى عام ، جواز مخالفة العرف لحكم اجتهـادى	١٩٠
المطلب الثانى : أثر العرف فى تطور الفقه الاسلامى : § ١ ــ أثر العرف فى تبنى الشريعة لبعض عادات العرب فى العصر الجاهلى § ٢ ــ أثر العرف حسبما أوردته كتب الفقه	١٩٠
§ ٣ ــ أثر العرف حسبما جرى عليه العمل من واقع الوثائق	٢٠٥
الفصل الرابع : دور التقليد	٢٠٦
المبحث الأول : التطورات الاجتماعية والسياسية : تجزئة العالم الاسلامى وتسلط العناصر غير العربية ــ توحيد العالم العربى	٢٠٦
تحت الحكم العثمانى ــ الخليفة ــ الوزارة ــ حكام الأقـاليم	٢١٣
المبحث الثانى : سد باب الاجتهاد وتفشى التقليد ــ أسباب قفل باب الإجتهاد	٢١٨
دور الفقه ــ حكم التقليد	٢١٨
المبحث الثالث : التشريعات الصادرة من ولى الأمر	٢١٨
المطلب الأول : السياسة الشرعية : تعريفها ــ التمييز بين الشرع والقـانون	٢١٩

المطلب الثانى : تطور سلطة ولى الأمر فى التشريع § ١ — حدود ومجال سلطة ولى الامر فى التشريع § ٢ — التشريع بطريق مباشر : أنشاء الدواوين — اجراءات زاجرة — اختصاص ولائى للقضاة — وظائف ادارية ذات اختصاص قضائى (صاحب المظالم ، صاحب الشرطة ، المحتسب) ٢٢٥
§ ٣ — التشريع بطريق غير مباشر : عدم الزام الناس برأى فقهى معين — فشل محاولات التقنين — مرحلة التشيع المذاهب الأربعة — مرحلة التشيع لمذهب واحد — تدوين المذهب الواحد — مرحلة الاختيار بين المذاهب المختلفة ٢٤١

خاتمة الباب الأول ٢٤٣

الباب الثانى

العلاقة بين الشريعة الاسلامية والقانون الرومانى

مبحث تمهيدى : حلول الشريعة محل القانون الرومانى فى البلاد العربية ٢٤٥

الفصل الأول : النشأة الاستقلالية للشريعة ٢٥٢

المبحث الأول : العصر الجاهلى : صلة العرب بالرومان ٢٥٢

المبحث الثانى : عصر النبوة ٢٥٦

المبحث الثالث : عصر الاجتهاد : § ١ — النظام القضائى السورى ٢ — مدارس القانون الرومانى فى الشرق § ٣ الثقافة اليهودية ٤ — الثقافة السريانية § ٥ — الثقافة الاغريقية ٢٧٩

الفصل الثانى : مصادر القانون وطرق تفسيره ٢٨٠

المبحث الأول : التشابه وحده ليس دليلا على التأثر ٢٨٠

المبحث الثانى : مقارنة مصادر القاعدة القانونية ومنهاج البحث وطرق استنباط الأحكام فى الشريعة والقانون الرومانى ٢٨١

المطلب الأول : مصادر القاعدة القانونية فى الشريعة والقانون الرومانى ٢٨٥

المطلب الثانى : منهاج البحث وطرق استنباط الأحكام — وسائل التطور فيهما ٢٨٧

=

المبحث الثالث : خصائص القاعدة القانونية ونطاقها فى القانون الرومانى وفى الشريعة ٢٩٥
اختلاف المقاصد § ١ – مضمون الخطاب § ٢ – تخصيص القاعدة القانونية بالشخص والزمان والمكان § ٣ الجزاء ٣٠٢
الفصل الثالث : الهيكل القانونى لنظم القانون الخاص ٣٠٥
المبحث الاول : الاحوال الشخصية ٣٠٥
المطلب الاول : الشخصية القانونية : اولا فكرة الشخصية القانونية ٣٠٥
ثانيا : انتهاء الشخصية القانونية ثالثا : الاهلية ٣١١
المطلب الثانى : نظام الاسرة : أولا – نظام الزواج ثانيا – نظام ٣١١
الطلاق ثالثا – السلطة الابوية رابعا – الارث . ٣١١
خامسا – ابتقال التركة
التركة ٣١٦
المبحث الثانى : الاموال ٣١٧
المطلب الاول : النظم التى قيل بتشابها : أولا – نظام الشفعة ثانيا – الوقف ٣١٧
المطلب الثانى : أمثلة لنظم مختلفة : أولا : انتقال الملكية ثانيا – حقوق الارتفاق ٣٢٢
المبحث الثالث : الالتزامات ٣٢٧
المطلب الاول : مبدأ سلطان الارادة : القانون الرومانى – الفقه الاسلامى ٣٢٧
المطلب الثانى : التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية القانون الرومانى – الفقه الاسلامى ٣٣١
المطلب الثالث : مميزات الالتزام فى الشريعة الاسلامية وفى القانون الرومانى : § ١ – نظرية النيابة فى التعاقد فى القانون الرومانى – الشريعة الاسلامية – § ٢ – انتقال الإلتزام : القانون الرومانى – الفقه الاسلامى ٣٣٥
٣٤١
المطلب الرابع : نظرية البطلان : القانون الرومانى – الفقه الاسلامى ٣٤٩
خاتمة الباب الثانى ٣٥٥

تم الطبع بمطبعة جامعة القاهرة
والكتـــاب الجـــامعى
المـــدير العـــام
البرنس حمودة حسين عمر

١٩٨٩/١٢/١

رقم الايداع ٧٨٨١ / ١٩٨٩

الترقيم الدولى ٣ ـ ٠٥٣٥ ـ ٠٤ ـ ٩٧٧

(مطبعة جامعة القاهرة و الكتاب الجامعى ٥٧٠/١٩٨٩/٥٠٠٠)